

ASILO Y REFUGIADOS: ¿SOLIDARIDAD O SEGURIDAD?

ESPERANZA ORIHUELA CALATAYUD
*Catedrática de Derecho Internacional Público
y Relaciones Internacionales*
Universidad de Murcia

INTRODUCCIÓN

Siempre han existido personas que temiendo por su vida, integridad física, o libertad, han huido de su lugar de residencia, incluso de su país, para buscar protección en un lugar seguro¹. *Demandantes de asilo o refugio, víctimas de conflictos armados, violaciones de los derechos humanos, violencia generalizada o catástrofes naturales* constituyen, sin duda, el grueso principal del colectivo de personas necesitadas de protección. En la actualidad, su número asciende, al menos, a 17.093.400², lo que representa un 0'27% del total de la población mundial.

El Derecho Internacional ha reconocido a estas personas un derecho a solicitar asilo, entendiendo este término como sinónimo de protección. La Declaración Universal sobre Derechos Humanos, en su artículo 14, reconoce a toda persona, en

1. Entre casos célebres encontramos el de pintores, como Leonardo da Vinci que tuvo que huir de Florencia y fue acogido en Francia por el Rey Francisco I; escritores, como Victor Hugo que se autosexiló en la isla de Guernsey, u Oscar Wilde perseguido por su orientación sexual en el Reino Unido y refugiado en Francia; músicos, como Rachmaninoff que en su huída de la Revolución bolchevique se refugió en California; científicos, entre los que resulta célebre el caso de Albert Einstein que, tras la persecución que sufría por Hitler, encontró protección en los Estados Unidos, como también le ocurriera a la actriz Marlene Dietrich; por último, respecto de políticos es conocido el exilio de Trotsky, refugiado en México, en su huída de Stalin.

2. La cifra es la facilitada por ACNUR como personas bajo su protección entre las que se encuentran refugiados (56,6%), demandantes de asilo (5,8%), refugiados que han retornado a su país de origen o residencia (6,4%), desplazados internos (24,5%), desplkazados internos que han retornado a sus hogares (1,4%) y otras personas no incluídas en esta categorías (5,3%). Cf. UNHCR, 2003 *Global Refugee Trends. Overview of refugee populations, new arrivals, durable solutions, asylum-seekers and other person of concern of UNHCR*, 15 june 2004, que puede consultarse en la sección de estadísticas de la página web del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los refugiados, www.unhcr.ch/statistics.

caso de persecución, el derecho a buscar asilo y a disfrutar de él en cualquier país. Derecho al que también se refiere la Declaración sobre el asilo territorial (Res. 2312 (XXII), adoptada por la AGNU el 14 de diciembre de 1967. Ahora bien, este derecho no se ha visto acompañado del derecho al asilo o la imposición de la obligación de concederlo en cualquier caso.

¿Cuál ha sido la respuesta que los Estados han dispensado a esta necesidad de protección?. Para responder a este interrogante resulta imprescindible distinguir la situación actual de la existente hace sólo algunos años, pues las nuevas realidades han provocado cambios importantes en las políticas estatales y trastocado los valores defendidos con ellas.

Tradicionalmente y prácticamente hasta el fin de la *Guerra Fría*, la protección de quienes huían del país de origen por temor a ser perseguidos se hacía efectiva de forma individual a través del *asilo, el refugio, y una protección de carácter humanitario*.

El *asilo* constituía una manifestación de la soberanía del Estado que acogía en su territorio a los extranjeros que, por persecución, solicitaban su amparo. El contenido y el alcance de la protección y, por tanto, el estatuto jurídico del asilado no se encontraba establecido ni regulado por el Derecho Internacional, correspondiendo a los Estados la prerrogativa de establecer las condiciones que debían reunir los solicitantes y determinar el conjunto de derechos y obligaciones que se derivaban de su concesión. Lo habitual era que a través del asilo se otorgara una acogida permanente y generosa y se reconocieran a los asilados unos derechos y condiciones de disfrute similares a las de los nacionales.

El asilo traducía, por tanto, el interés de protección ante el desamparo y constituía una manifestación estatal de solidaridad con el perseguido que los demás Estados debían respetar y que no cabía percibir como un acto inamistoso. Un planteamiento reconocido y secundado por la Declaración sobre el asilo territorial (Res. 2312 (XXII), adoptada por la AGNU el 14 de diciembre de 1967.

Con la adopción y entrada en vigor de la Convención de Ginebra de, de 28 de julio de 1951 y el Protocolo de Nueva York, de 31 de enero de 1967, sobre el estatuto de los refugiados³, el refugio vino a unirse al asilo como forma de

3. BOE de 21 de octubre de 1978 donde también se incluye el texto del Protocolo de Nueva York, de 31 de enero de 1967, sobre el estatuto de los refugiados.

protección dispensada a quienes reunieran la condición de refugiados⁴. Un Convenio en el que se destaca el carácter humanitario y social del problema de los refugiados y en el que se establece un estatuto jurídico que también traduce el interés de protección y, aunque de forma contenida, constituye expresión de solidaridad para con los refugiados.

La protección dispensada mediante el asilo o el reconocimiento de la condición de refugiado constituían una manifestación de solidaridad, obligatoria para los refugiados y respecto de las partes en la Convención de Ginebra, y discrecional en el caso del asilo⁵ aunque limitada por la obligación derivada del principio de *non refoulement*⁶.

4. Según lo establecido en la Convención de Ginebra, de 28 de julio de 1951 y en el Protocolo de Nueva York, de 31 de enero de 1967, se considera refugiado 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 fundados temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él. Teniendo en cuenta esta definición, los requisitos a reunir para encajar en el concepto de refugiado son los siguientes: 1) ser extranjero o apátrida y encontrarse fuera del país de origen o residencia habitual; 2) la existencia de fundados temores de ser perseguido si regresa a su país; 3) Las causas del temor fundado de persecución han de concretarse en motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas y 4) debe existir una situación de desprotección ya sea objetiva (no puede acogerse a la protección de su país) o subjetiva (no quiera acogerse a ella a causa de los fundados temores). Toda persona que reúna estas condiciones tiene derecho a protección por parte de cualquiera de los Estados parte en los citados convenios internacionales y al reconocimiento del estatuto de refugiado.

5. La consideración del asilo como prerrogativa y derecho del Estado impedía que pudiera afirmarse la existencia de una obligación respecto de su concesión, y que pudiera hablarse de la existencia de un derecho subjetivo al asilo. No existe ningún texto internacional de Derecho positivo en el que se configure el asilo como un derecho del individuo. La Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, en su artículo 14 simplemente habla del derecho a buscar asilo y a disfrutar de él en cualquier país, sin que se haya impuesto a los Estados la obligación de concederlo. El Pacto de Derechos civiles y políticos ni siquiera hace mención a éste. En este sentido cf. L. Bolesta-Koziebrodzki, *La droit d'asile, Leyden, 1962*, pp. 80-81; D. Bouteillet-Paquet, *L'Europe et le droit d'asile*, Paris, 2001, p. 90.

6. La práctica internacional desarrollada por los Estados en materia de asilo consolidó el reconocimiento de ciertas garantías al solicitante de asilo; en particular, su derecho a no ser devuelto a un país en el que su vida o su libertad corran peligro. Derecho que desde la perspectiva del Estado implica la asunción de una obligación, la de no proceder a la devolución si no existe garantía de respeto. Sobre los orígenes del principio de *non refoulement* cf. G.S. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law*.

Este principio impone a los Estados la obligación de no devolver al solicitante de asilo o protección a ningún país donde su vida o su libertad corra peligro. La obligación que de él se deriva forma parte del DI general, existiendo incluso afirmaciones de su carácter imperativo⁷.

En caso de no ser posible la devolución, el Estado está obligado a otorgar acogida y protección. Son supuestos de acogidas obligatorias, en las que el principio de no devolución ampara y protege a la persona imponiendo su permanencia en el territorio del Estado. Sin embargo ello no debe entenderse como un supuesto en el que el Derecho Internacional haya consagrado o reconocido, aún limitadamente, un derecho al asilo en el sentido estricto del término. Esta protección puede revestir una denominación y estatuto jurídico diferente a éste. En la práctica la respuesta dada por los Estados europeos al cumplimiento de esta obligación se traduce en una acogida provisional y mínima. La denominada *protección*

Oxford, 1996, pp. 117-121; E. Reale, "Le droit d'asile", R. des C., 1938-I, vol. 63, pp., en pp. 556-561 aunque el autor por la fecha de su escrito no haga mención expresa al principio.

La virtualidad de este principio recogido en el art. 33.1 de la Convención de Ginebra de 1951 no se limita en la actualidad a este colectivo, ni se encuentra constreñida a los motivos de persecución que, según la Convención de Ginebra, determinan la condición de refugiado. Su alcance se ha visto ampliado, tanto subjetiva como materialmente, por normas del Derecho de los derechos humanos, como el art. 3 de la Convención de 10 de diciembre de 1984 contra la tortura (BOE de 9 de noviembre de 1987). En la actualidad los Estados ven constreñida su libertad de rechazo o expulsión de cualquier extranjero por la imposibilidad de su devolución, no sólo al país donde pueda sufrir esa persecución, sino también a cualquiera en el que no exista la seguridad de respeto del núcleo duro de los derechos humanos, los más fundamentales. En este sentido cf. G.S. Goodwin-Hill, *op. cit. supra* en esta misma nota, p. 139. En relación con esta cuestión, es necesario destacar que la jurisprudencia establecida en relación con el Convenio de Roma, de 4 de noviembre de 1950, para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (BOE de 26 de junio de 1998; CE BOE 17 de septiembre de 1998) ha sido el detonante esencial de esta ampliación. Aunque el Convenio de Roma de 1950 no haga referencia en su articulado al asilo, esta jurisprudencia ha advertido de la imposibilidad de devolver al extranjero a un país donde corra peligro de ser sometido a torturas o lo que es lo mismo de devolver a un extranjero en contravención de la prohibición impuesta en el art. 3 del Convenio de Roma. Sobre este particular y la jurisprudencia sentada en el ámbito europeo cf. D. Bouteillet-Paquet, *op. cit. supra* nota 5, pp. 108-115.

7. Ya en 1977, el Comité Ejecutivo del ACNUR calificaba de principio humanitario fundamental el de no devolución, y reafirmaba la importancia fundamental de su observancia, cf. Res. N° 6 (XXVIII). Entre quienes en la doctrina afirman el carácter imperativo del principio de no devolución cf. J. Allain, "The *ius cogens* Nature of non-refoulement", IJRL, 2001-4, vol 13, pp. 233-258; N. Arenas Hidalgo, "El sistema europeo de protección temporal. El resurgimiento de una renovada acogida territorial como respuesta a los desplazamientos masivos de población, REDI, 2003-2, pp. 745-777, en p. 749; A.A. Caçado Trindade, "Reflexiones sobre el desarraigo como problema de los derechos humanos frente a la conciencia jurídica universal", en *La nueva dimensión de la necesidad de protección del ser Humano en el inicio del siglo XXI*, 2ª ed. ACNUR y CIDH, San José de Costa Rica, 2002, pp. 56-62; F. Mariño Menéndez, "La singularidad del asilo territorial en el ordenamiento internacional y su desarrollo regional en el Derecho Europeo", en *El derecho Internacional en los albores del siglo XXI. Homenaje al profesor J.M. Castro-Rial Canosa*, Madrid, 2002, p. 464.

humanitaria se ha ido abriendo paso con fuerza como mecanismo de protección de quienes, sin ser refugiados⁸, necesitan permanecer en el territorio del Estado por mor del *non refoulement*.

En definitiva, la respuesta dada por los Estados a la protección que buscan las personas necesitadas de ella se ha hecho efectiva a través de tres vías. Una discrecional –el asilo– y dos obligatorias –*refugio* y *protección humanitaria*–, pero de ellas, la primera sólo presenta ese carácter obligatorio para los Estados parte en la Convención de Ginebra sobre el estatuto de los refugiados y su Protocolo⁹, mientras que la segunda, la derivada de la obligación impuesta por el principio del *non refoulement*, viene impuesta por el DI general e incluso cabe considerar que presenta carácter imperativo.

En la actualidad el panorama de la protección a personas necesitadas de ella ha cambiado sustancialmente. El objeto de este trabajo consiste en efectuar algunas reflexiones sobre la realidad del asilo en nuestros días poniendo de relieve los cambios y restricciones que se están produciendo en torno a esta institución, advertir sobre su compatibilidad con el Derecho Internacional e intentar descubrir los valores subyacentes en estas actitudes. Para ello, partiendo de la premisa

8. Es el caso de las personas que huyen de conflictos armados, de situaciones de violencia extrema, de violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos, de catástrofes naturales o que, perteneciendo a determinados colectivos especialmente vulnerables, pueden encontrarse necesitados de asistencia o protección por parte de un tercer Estado.

9. En la actualidad son partes en la Convención 142 Estados: Albania, Alemania, Angola, Antigua y Barbuda, Argelia, Argentina, Armenia, Australia, Austria, Azerbaiyán, Bahamas, Belarús, Bélgica, Belice, Benin, Bolivia, Bosnia-Herzegovina, Botswana, Brasil, Bulgaria, Burkina-Faso, Burundi, Camboya, Camerún, Canadá, Chad, Chile, China, Chipre, Colombia, Congo, Costa Rica, Côte d'Ivoire, Croacia, Dinamarca, Djibuti, Dominica, Egipto, El Salvador, Ecuador, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Etiopía, Ex-República yugoslava de Macedonia, Federación Rusa, Fidji, Filipinas, Finlandia, Francia, Gabón, Gambia, Georgia, Ghana, Grecia, Guatemala, Guinea, Guinea Ecuatorial, Guinea-Bissau, Haití, Honduras, Hungría, Islas Salomón, Irán, Irlanda, Islandia, Israel, Italia, Jamaica, Japón, Kazajstán, Kenia, Kirguistán, Lesotho, Letonia, Liberia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Madagascar, Malawi, Mali, Malta, Marruecos, Mauritania, Méjico, Mónaco, Mozambique, Namibia, Nicaragua, Níger, Nigeria, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Panamá, Papua Nueva Guinea, Paraguay, Perú, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Centroafricana, República de Corea, República de Moldavia, República Democrática del Congo, República Dominicana, República Checa, República Unida de Tanzania, Ruanda, Rumania, Samoa, San Cristóbal y Nieves, Santa Sede, San Vicente y las Granadinas, Santo Tomé y Príncipe, Senegal, Serbia y Montenegro, Seychelles, Sierra Leona, Somalia, Sudáfrica, Sudán, Suecia, Suiza, Surinam, Swazilandia, Tayikistán, Timor-Leste, Togo, Trinidad y Tobago, Túnez, Turkmenistán, Turquía, Tuvalu, Ucrania, Uganda, Uruguay, Yemen, Zambia y Zimbawe. En el Protocolo de Nueva York también son parte 142 Estados (los de la Convención, con las excepciones de Madagascar, Mónaco y San Cristóbal y Nieves, y con las adiciones de Cabo Verde, Estados Unidos, y Venezuela).

establecida: *no derecho al asilo, sí derecho a solicitar asilo*, voy a referirme en primer lugar a la evolución experimentada por el asilo en los últimos años y después a la situación en la que se encuentra el derecho a solicitar asilo tomando como elementos de análisis la práctica española y de la UE.

1. LA SITUACIÓN ACTUAL DEL ASILO

En la actualidad la institución del asilo ha experimentado importantes modificaciones. Este cambio ha venido provocado por la aparición de factores y razones de variado signo - políticos, económicos, sociales- agudizados, sin duda, por el proceso de globalización económica y tecnológica en el que está sumida la sociedad internacional.

En primer lugar, la voluntad de los tradicionales Estados de acogida ha disminuido. La pérdida del carácter propagandístico que el asilo presentaba en la época de la Guerra Fría ha repercutido directamente en el desinterés de los Estados hacia su concesión más allá de las estrictas obligaciones convencionales. La tendencia seguida por los Estados industrializados y, en particular, por los miembros de la UE en relación con la solicitud y concesión de asilo se manifiesta en claro descenso (*ver gráfico 1*). Ha disminuido el número de solicitudes y solicitantes de asilo y la gran mayoría de ellas no se admiten a trámite o son desestimadas. Nuestro país responde claramente a estas tendencias (*ver gráficos 2 y 3*).

En segundo lugar, han aumentado los motivos que provocan la aparición de personas necesitadas de protección y las formas en las que éstas se presentan. Los nuevos conflictos armados, de violencia extrema, y las violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos han provocado flujos masivos de refugiados que no encajan en los estrictos parámetros utilizados ahora para la concesión de asilo, y a los que no se desea o no se tiene capacidad para asumir de forma permanente ni con un estatuto jurídico amplio. Los tradicionales Estados de asilo, en particular los europeos, han tenido que hacer frente a este nuevo reto, pero su respuesta refleja una nueva forma de entender la asistencia a las personas necesitadas de protección en la que el valor de solidaridad se muestra en claro retroceso. La solución provisional estructurada por los miembros de la UE bajo de denominación de protección temporal¹⁰, cuyo principal objetivo es el retorno al

10. En la actualidad esta protección temporal se está aplicando en España y en la UE a los supuestos de flujos masivos de víctimas de conflictos armados, violencia generalizada y violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos. El compromiso asumido ahora por el Estado es menor que en el asilo por lo que respecta a los derechos reconocidos, su carácter temporal y a la posibilidad de su revocación. Se trata, por tanto, de una protección mínima y temporal por razones humanitarias. Sobre esta forma de protección cf. N. Arenas Hidalgo, op. cit. supra nota 7; J.

país de origen, se diferencia de la mantenida en otros ámbitos regionales como el africano o el americano donde se ha postulado por la ampliación del concepto de refugiado para incorporar a las víctimas de los conflictos armados o la violencia generalizada¹¹.

En el seno de la UE y en relación con flujos masivos de personas necesitadas de protección como consecuencia de conflictos armados, violencia generalizada o violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos, se adoptó sobre la base del art. 63.2 de TCE la Directiva 2001/55, de 20 de julio, relativa a las *normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida*¹². Acto jurídico comunitario que determinó la aprobación en nuestro país del Real Decreto 1325/2003, de 24 de octubre, por el que se aprobó el *Reglamento sobre el régimen de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas*¹³.

Junto a ello, la utilización abusiva de las solicitudes de asilo por quienes no reúnen las estrictas condiciones fijadas para conceder el asilo, consecuencia directa de las políticas establecidas para hacer frente a la inmigración irregular, ha servido de excusa a algunos países para restringir sus políticas de asilo amparándose en la necesidad de autoprotección frente a lo que consideran una avalancha y en claro detrimento del valor de la solidaridad.

Estos motivos han provocado cambios en las legislaciones estatales. Las modificaciones que han experimentado las legislaciones de algunos Estados europeos en la década de los noventa han ido dirigidas, entre otras cosas, a configurar el asilo como la protección otorgada a los refugiados, produciéndose así una restricción evidente de los supuestos en los que están dispuestos a otorgar asilo: sólo a quienes reúnen la condición de refugiados, y de su alcance. Ya no se prevé como el amparo dispensado de forma discrecional¹⁴ o en caso de persecución en

Fitzpatrick, "Temporary protection of refugees: elements of a formalized regime", AJIL 2000-2, pp. 279-306; G. Noll y J. Vested-Hansen, "Temporary Protection and Burden Sharing: Conditionalising Acces Suspending Refugee Rights?", en E. Guild y C. Harlow, *Implementing Amsterdam. Immigration and Asylum rights in EC Law*, Oxford, 2001, pp. 195-223.

11. Cf. en este sentido la Convención de Dais-Abeba de 1969 sobre el problema de los refugiados en África, que este año 2004 cumple su 35º aniversario, y las Declaraciones de Cartagena sobre los refugiados (1984) y San José de Costa Rica sobre refugiados y personas desplazadas (1994) adoptadas en el ámbito americano y que celebran su 20º y 10º aniversario respectivamente.

12. DOCE de 7 de agosto de 2001.

13. BOE de 25 de octubre de 2003.

14. En la sesión de Bath (1950) el IDI definió el asilo como "la protección que un Estado da en su territorio, o en cualquier otro lugar bajo la jurisdicción de sus autoridades, a una persona que viene a buscarlo", cf. *Annuaire de l'Institut de Droit International*, Session de Bath septembre 1950, Tome II, p. 243 (art. 1 de la resolución adoptada).

general¹⁵, sino que sólo se concede a quién pueda ser considerado refugiado según el Derecho internacional¹⁶, y además el contenido de la protección dispensada se limita al previsto en la Convención de Ginebra sobre el estatuto de los refugiados. Se produce, así, una equiparación entre asilo y refugio y se reconoce un derecho al asilo, aunque limitado subjetiva y materialmente; sólo para los refugiados y con el contenido establecido en la Convención de Ginebra de 1951.

La aparición de este derecho al asilo podría apreciarse a primera vista como un avance solidario. Sin embargo resulta evidente que no supone ningún progreso en relación con la protección de los desamparados sino que sólo constituye una mera reiteración de las obligaciones establecidas en la Convención de Ginebra y asumidas tanto por España como por los entonces miembros de la UE, y una restricción evidente de la disposición de estos Estados a conceder a las personas necesitadas de protección un estatuto jurídico más amplio que el establecido en la Convención de Ginebra¹⁷.

15. Los pocos textos internacionales en los que se hace referencia al asilo advierten que en caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo. Así lo establece el art. 14 de la Declaración Universal de los derechos humanos y se desprende de lo establecido en el art. 1 de la Declaración de asilo territorial adoptada por la AGNU en 1967. El fracasado proyecto de Convenio sobre asilo territorial de 1977, aunque con precisiones sobre los motivos de la persecución, también se perfilaba más amplio que los que se establecen para obtener el reconocimiento de la condición de refugiado. El texto del proyecto puede consultarse en G. S. Goodwin-Gill, *op. cit.* supra nota 6, pp. 510-512.

16. Cf. *supra* nota 4.

17. La protección mínima que ha de dispensarse a quien se otorga la condición de refugiado viene establecida en la Convención de Ginebra. Nada obsta para que los Estados la amplíen en la legislación que al efecto establezcan en su derecho interno. El mínimo dispensable se centra en el reconocimiento de ciertas garantías y derechos, con la única obligación para el refugiado de acatar las leyes y reglamentos del país de acogida, así como las medidas adoptadas para el mantenimiento del orden público.

La principal garantía, y premisa necesaria para su protección, es la de la seguridad de no ser devuelto a un país en el que su vida o libertad se encuentre en peligro (non refoulement). Junto a ello, el Convenio de Ginebra garantiza al refugiado que la entrada ilegal en el territorio del Estado no será motivo de sanción a condición de que se presenten sin demora ante las autoridades del Estado (art. 31), su no expulsión salvo razones de seguridad o de orden público (art. 32) y la obtención documentación (identidad y viaje) (arts. 27 y 28).

Respecto de los derechos reconocidos, es necesario advertir que, en ocasiones éstos se disfrutarán en las mismas condiciones que los extranjeros o de existir diferencia entre éstos en las condiciones más favorables. Tal es el caso del derecho de asociación (art. 15), empleo (art. 17) y libertad de circulación (art. 26). En otros casos se prevé la concesión, si es posible, de un trato más favorable que a los extranjeros, como ocurre con el derecho a la vivienda (art. 21), de adquisición de bienes muebles e inmuebles, celebración de contratos (art. 13, trabajo por cuenta propia (art. 18), profesiones liberales (art. 19) y derecho de estudios secundarios y universitarios (art. 22.2). Por último el Convenio de Ginebra prevé el reconocimiento de ciertos derechos que han de disfrutarse en igualdad de condiciones con los nacionales. Es el caso del derecho a libertad de religión (art. 4), derechos de propiedad intelectual e industrial (art. 14), acceso a los tribunales (art. 16), distribución de alimentos en caso de racionamiento (art. 20), derecho a la enseñanza básica (art. 22.1), asistencia pública (art. 23) obtención de documentación y certificados que habrá de expedir el país de origen (art. 25),

Es el caso de España. La ley 9/1994, de 19 de mayo, por la que se modificó la ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y la condición de refugiado¹⁸, suprimió la diferencia de regulación que su antecesora mantenía entre asilo y refugio, restringiendo la posibilidad de obtener el asilo exclusivamente a quienes reúnan la condición de refugiado según la Convención de Ginebra, de 28 de julio de 1951 y el Protocolo de Nueva York, de 31 de enero de 1967. Un cambio que ha sido justificado, entre otras razones, por la necesidad de evitar que el sistema de protección de los refugiados sea utilizado por los inmigrantes de carácter económico¹⁹.

La distinción existente con anterioridad entre asilo y refugio²⁰ permitía prever la concesión del asilo a personas que no fueran refugiados según el Derecho Internacional (el asilo por razones humanitarias o el que podríamos denominar asilo democrático o por comisión de un delito encaminado al logro de derechos y libertades reconocidos en España o lucha contra sistemas no democráticos) e incluso prever un régimen jurídico más favorable para los asilados (a los que en

condiciones laborales y de seguros sociales y no imposición de gravámenes o impuestos que excedan de los que se exijan a los nacionales (art. 29).

18. La Constitución española, en su artículo 13.4, previó que “la ley establecería los términos en los que los ciudadanos de otros países y los apartidas podrían gozar del derecho de asilo en España”. Nuestro texto constitucional sólo menciona el asilo. No existe ninguna referencia al refugio ni a los refugiados, aunque serán éstos los que reciban las primeras disposiciones, aunque puntuales y provisionales, a través de órdenes ministeriales (orden de 16 de mayo de 1979, sobre regulación provisional del reconocimiento de la condición de refugiado y orden, de 31 de agosto sobre prórroga de plazo de solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado). La Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, con la que se cumple el mandato constitucional, vino acompañada del Real Decreto 511/1985, de 20 de febrero por el que se establece el Reglamento de aplicación de la Ley. Ambos textos fijaron el régimen aplicable durante casi diez años, en el que se recogen dos formas de protección: el asilo, como protección graciable por el Estado en el ejercicio de su soberanía a los extranjeros que se encuentren en alguna de las circunstancias previstas en su art. 3, y el refugio como protección que se concede a quienes cumplen los requisitos establecidos en la Convención de Ginebra. Es necesario advertir que aunque la Ley hable del asilo como acto graciable no debe entenderse el término en el sentido de absolutamente discrecional, arbitrario e incontrolado. La Ley establece los motivos que llevan al asilo. Cumplidos éstos el asilo debe ser concedido. Sin embargo, también es necesario señalar que existe un amplio margen por parte de la Administración a la hora de interpretar estas condiciones.

19. En la exposición de motivos que acompaña la reforma efectuada en 1994 se advierte que “esta medida responde, por una parte, a las consideraciones recogidas en la Proposición no de ley de 9 de abril de 1991, que constataba que el sistema de protección a los refugiados políticos se veía desvirtuado en la práctica por el número creciente de solicitudes, en su mayoría por inmigrantes económicos, lo que dificulta la acogida adecuada y provoca el consiguiente retraso en la resolución de las peticiones, convirtiéndose en la práctica en la principal vía de inmigración irregular hacia nuestro país”.

20. Puesta de manifiesto por la Jurisprudencia española. Cf. Sentencia TS de 29 de marzo de 1993 y 4 de octubre de 1993.

ocasiones se exigen requisitos más rigurosos –persecución y no sólo temores fundados de persecución- que para los refugiados).

Asistimos, por tanto, en estos momentos a una desnaturalización de la institución de asilo y a la desaparición de éste tal y como era concebido tradicionalmente. El asilo ha visto reducidos sus contornos para identificarse subjetiva y materialmente con el refugio o protección dispensada a los refugiados de conformidad con la Convención de Ginebra de 1951 y su Protocolo. Y se ha reconocido un derecho al asilo, pero entendido restrictivamente, respecto de los refugiados.

Ahora bien, estos cambios no pueden apreciarse como violaciones del Derecho Internacional, pues las restricciones establecidas no infringen ninguna obligación internacional. Sin embargo, en relación con el derecho a solicitar asilo la situación es diferente.

2. LA REALIDAD DEL DERECHO A SOLICITAR ASILO.

Como ya se ha puesto de relieve, el artículo 14 de la Declaración Universal de los derechos humanos, de 10 de diciembre de 1948²¹, establece que “en caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país”²².

El derecho a solicitar asilo o protección en cualquier país debe ser entendido, por tanto, como derecho a presentar la solicitud en el país que elija el solicitante, y a que ésta sea considerada de forma individualizada y apreciada en función de los

21. Resolución 217 A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobada por 44 votos a favor, 6 en contra y dos abstenciones. Aunque la misma no constituya un texto jurídicamente vinculante, su contenido forma parte del Derecho Internacional general y ello con independencia de que la referencia a este derecho no se haya recogido en convenios internacionales posteriores, como ocurre, por ejemplo, con el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, de 16 de diciembre de 1966 (BOE de 30 de abril de 1977).

22. La redacción de este artículo experimentó ciertas modificaciones que ponen de relieve el rechazo de los miembros de la Organización a aceptar el reconocimiento de un derecho al asilo. En principio esta disposición hacía referencia al derecho de toda persona a que le sea acordado el asilo, pero este planteamiento no prosperó y lo recogido en el art. 14 es exclusivamente el derecho a solicitar asilo. En este sentido cf. D. López Garrido, *El derecho de asilo*, Madrid, 1991, p. 15. De la redacción dada a esta disposición y de la interpretación que de ella ha de efectuarse teniendo en cuenta su carácter humanitario merecen ser destacados algunos datos que constituye una muestra de la solidaridad que inspiraba en aquellos momentos a la institución del asilo. Por un lado, que este artículo no condiciona la persecución a determinadas causas o motivos, sino que cualquier persecución parece activar la posibilidad de solicitar el asilo. Por otro, que la protección puede solicitarse en cualquier país. Con ello se está reconociendo la libertad del solicitante para elegir el Estado ante el cual hacer efectiva su petición. Además, la referencia al asilo debe ser interpretada en un sentido amplio y como sinónimo de protección. Ahora bien, la indeterminación del contenido del asilo en el Derecho Internacional hace que esta referencia no pueda ser entendida como derecho a obtener un estatuto jurídico internacional determinado.

motivos alegados para ser merecedor de tal concesión. Su reconocimiento, como ha afirmado el profesor Mariño Menéndez, impide a los Estados poner obstáculos desproporcionados, irrazonables o injustos que impidan que la solicitud sea efectivamente presentada, recibida y considerada²³.

Además, el reconocimiento por el Derecho Internacional del derecho a solicitar asilo a toda persona necesitada de protección comporta la existencia de ciertas garantías del solicitante que son consecuencia directa de aquél. ¿Cuáles son, por tanto, las consecuencias que se derivan del derecho a solicitar asilo?

A. LAS CONSECUENCIAS DEL DERECHO A SOLICITAR ASILO

Las principales consecuencias que se derivan del derecho a solicitar asilo pueden concretarse en las siguientes:

1) Derecho a presentar la solicitud en el país libremente elegido por el solicitante, a su recepción y análisis individualizado.

Para que su ejercicio sea posible, resulta imprescindible conocer cuáles son los mecanismos y procedimientos que con tal finalidad tiene establecidos el Estado al que se solicita esa protección en su Derecho interno. En este caso, la colaboración e información por parte de los órganos del Estado, ya sean centrales o periféricos resulta imprescindible.

Los Estados son libres a la hora de determinar cuáles serán estos procedimientos, sin que exista ninguna obligación que implique el establecimiento de un procedimiento determinado. Incluir el ejercicio de este derecho en la legislación general que sobre extranjería se haya establecido o establecer procedimientos específicos según el tipo de protección solicitada queda a su arbitrio. Lo más sencillo, incluso lo ideal, para los extranjeros que se aproximan a un Estado solicitando su protección, es que el procedimiento sea único pues ello evita que, por falta de información o desconocimiento, yerren a la hora de iniciar los trámites con los que ejercen su derecho.

Ahora bien, a la hora de regular estos procedimientos o de su aplicación, es necesario tener en cuenta la situación de vulnerabilidad que se cierne sobre quienes hacen uso del derecho a solicitar asilo, pues se encuentran en un medio extraño y pueden encontrar dificultades técnicas y de comunicación para ejercer este derecho. Para que el derecho a solicitar asilo resulte efectivo, los Estados deben adoptar

23. Cf. F. Mariño Menéndez, *op. cit. supra nota 7*, p. 467.

medidas que hagan que estas dificultades queden reducidas. En relación con esta cuestión, el Comité Ejecutivo del ACNUR ha advertido de la necesidad de que el solicitante reciba la orientación necesaria en cuanto al procedimiento a seguir, se le proporcionen los medios necesarios para presentar su solicitud, incluido el uso de intérprete si fuera necesario, y se le informe de la oportunidad de ponerse en contacto con un representante del ACNUR. Además también ha recomendado que la autoridad competente para conocer de estas solicitudes esté claramente identificada, que, de ser posible, exista una sola autoridad central encargada de resolver las solicitudes en primera instancia y que al solicitante se brinde la oportunidad, en caso de que su petición no sea aceptada, de tener la posibilidad de apelar la decisión y de tener un plazo razonable para poder hacerlo.

En Derecho español contamos con un sistema de trámite único, el del asilo. La posibilidad de que se produzcan diversas formas de protección es resultado de la puesta en marcha de este único procedimiento. La admisión de la solicitud y el reconocimiento de la condición de refugiado al solicitante implica la concesión del asilo y el reconocimiento del estatuto jurídico previsto en la Ley de asilo y refugio. La inadmisión a trámite o la denegación del reconocimiento de la condición de refugiado podrá determinar, en situaciones excepcionales, el reconocimiento de otra clase de protección. La regulación establecida en la Ley española de asilo y en el Reglamento para su aplicación resulta, en principio, acorde con las consecuencias que se derivan del derecho a solicitar asilo y responde además a los requisitos recomendados por el Comité Ejecutivo del ACNUR.

2) Derecho a protección provisional mientras se analiza la solicitud.

La llegada del solicitante al territorio o la frontera del Estado con la pretensión de solicitar asilo añade al derecho a solicitar asilo la garantía de su protección mientras se resuelve la petición, lo que implica el derecho a permanecer en el territorio mientras recibe una respuesta definitiva a su solicitud²⁴.

La normativa española sobre asilo prevé que, solicitado el asilo en territorio español en los términos y plazos establecidos, el extranjero no podrá ser expulsado

24. Esa permanencia puede dilatarse, por tanto, durante todo el tiempo que dure la tramitación de la solicitud, incluido el plazo necesario para que se resuelva el recurso interpuesto contra la resolución en la que se deniega lo solicitado. En ocasiones la inadmisión a trámite o la denegación del asilo va acompañada de una orden de salida del territorio o de devolución. La protección que debe dispensarse a los solicitantes de asilo debería dar lugar a la suspensión de la ejecución de estas órdenes si el particular recurre judicialmente estas decisiones. En Derecho español la suspensión de la orden de salida o devolución sólo está garantizada, previa solicitud, en aquellos casos en los que el recurso contencioso administrativo se interpone contra el acto que decide el reexamen y el representante del ACNUR en España hubiera informado favorablemente la admisión a trámite de la solicitud de asilo

hasta tanto se haya analizado y resuelto su petición, sin perjuicio de las medidas cautelares que puedan adoptarse por la autoridad competente (art. 12 Rgto)²⁵.

Ahora bien, ¿implica lo dicho el derecho a entrar en el territorio del Estado cuando la solicitud se presenta en el puesto fronterizo? Aunque posiblemente ello sería lo más solidario, la práctica seguida no permite dar a esta cuestión una respuesta afirmativa. En estos casos, algunos Estados, entre ellos España, retienen al solicitante en la frontera a la espera de una decisión inicial sobre la solicitud presentada (admisión a trámite) que de resultar favorable permitirá al solicitante de asilo entrar en el territorio del Estado²⁶.

3) *Derecho a la no devolución a cualquier país donde exista la posibilidad de ser perseguido (non-refoulement).*

Este principio, aunque unido en sus orígenes a la protección de los refugiados, cabe considerarlo hoy aplicable a todo el que busca protección por motivos de persecución o peligro para la vida. Todo solicitante de asilo, reúna la condición de refugiado o no, tiene derecho a no ser reenviado al país donde su vida o su libertad corra peligro.

B. LAS LIMITACIONES Y VIOLACIONES DEL DERECHO A SOLICITAR ASILO

El alcance que presentan las consecuencias del *derecho a solicitar asilo* se está viendo mermado por las políticas que, con ánimo cicatero y mirada puesta en la seguridad y el mantenimiento del estado del bienestar conseguido, están desarrollando la UE y sus Estados miembros. Unas políticas en las que se utiliza como argumento el interés de las personas necesitadas de protección a que ésta se preste en el lugar más próximo al país de origen o de residencia y el anhelo al retorno considerado consustancial con la situación de ser refugiado. Una forma de disfrazar con argumentos humanitarios la defensa de políticas destinadas al cierre de fronteras frente a lo que se percibe casi como una invasión.

(art. 21.2 de la Ley de asilo). En los demás casos, la interposición del recurso contencioso administrativo, ante la AN (art. 11.1 a) de la LJCA), debe ir acompañada de la solicitud de medidas cautelares de suspensión del acto administrativo en el que se ordena la salida o devolución del extranjero.

25. Como medida cautelar, si el solicitante careciere de la documentación exigida para residir en España, el Ministerio del interior podrá acordar la fijación de residencia obligatoria al interesado hasta la resolución definitiva del expediente, siéndole notificado dicho acuerdo por el Subdelegado del Gobierno de la provincia en que se encuentre (art. 14 Rgto). Así mismo, por razones de seguridad pública, el Ministerio del Interior podrá adoptar cualquiera de las medidas previstas en el art. 61 de la L.O. sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

26. Esta es la razón que justifica la existencia en nuestra legislación de dos procedimientos de admisión a trámite. Uno, abreviado, para las solicitudes presentadas en la frontera, en los que los plazos son mínimos, y otro para el resto de las solicitudes.

Estamos asistiendo al establecimiento de una regulación y al desarrollo de unas prácticas que provocan un efecto disuasorio de la presentación de solicitudes de asilo, que, en ocasiones, la impiden; que merman el derecho del solicitante a elegir el país ante el que solicitar protección y a que sea éste el que analice su solicitud; a políticas que pueden considerarse contrarias al derecho de protección mientras se tramita la solicitud, y cuya aplicación puede entrar en colisión con el principio de *non refoulement*.

1) Limitaciones y violaciones relacionadas con el derecho a la presentación de solicitudes de asilo

El ejercicio de este derecho se encuentra en íntima conexión con el lugar previsto para presentar la solicitud. La variedad de posibilidades prevista en nuestra legislación -territorio nacional, frontera, embajadas o consulados- (art. 4 de la Ley de asilo) permite considerar esta regulación favorecedora del ejercicio del derecho a solicitar asilo. Sin embargo esa apariencia resulta contrarrestada por la interpretación que en la práctica se hace de estas disposiciones. La administración española no permite la presentación de una solicitud de asilo sin que el extranjero haya salido de su país de origen o residencia o, por decirlo de otra forma, sin que haya cruzado una frontera. Al extranjero le resulta por tanto imposible presentar una solicitud de asilo en las embajadas o consulados españoles situados en el territorio de su país de origen o residencia.

La posición española es consecuencia de la equiparación efectuada entre asilo y refugio y del concepto de refugiado establecido en la Convención de Ginebra y el Protocolo de Nueva York²⁷. Al definirse a éste 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 el extranjero sólo puede presentar una solicitud de asilo en las embajadas y consulados españoles situados en un tercer Estado, pues sólo tras la salida del país de origen o residencia adquiere la condición de refugiado que le legitima a obtener asilo.

Esta interpretación, y la práctica que comporta, parte de una concepción errónea. Una cosa es el derecho a solicitar asilo, que debe estar abierto a todos, y otra, su concesión. Permitir el uso de las embajadas y consulados españoles en el país de origen o residencia para presentar una solicitud de asilo resulta coherente con las consecuencias del reconocimiento de tal derecho. Aceptar esas consecuencias debería implicar que se permitiera el uso de las embajadas y consulados del país de

27. Cf. *supra* nota 4.

origen para presentar una solicitud de asilo. Además esta actitud, dentro de un planteamiento solidario, debería ir acompañada de la predisposición por parte del Estado a proteger al solicitante desde ese momento y a facilitar la salida del extranjero del país. Lo más solidario sería otorgar el permiso para trasladarse a nuestro país hasta que se dé una solución definitiva a la petición.

Sin embargo, la práctica se encuentra a años luz de semejante apreciación. Por ello, la imposibilidad de presentar una solicitud en las embajadas y consulados del país de origen actúa indirectamente como límite al ejercicio del derecho a solicitar asilo; límite que puede convertirse, en ocasiones, en un obstáculo insalvable y, por tanto, en una violación del *derecho a solicitar asilo* si tenemos en cuenta las dificultades con las que puede encontrarse el extranjero para salir de su país.

De entre ellas, la más grave quizá sea la provocada por el establecimiento de sanciones a las compañías de transporte que faciliten la llegada de extranjeros sin la debida documentación.

La imposición de sanciones a los transportistas que trasladen extranjeros que no estén en posesión de la documentación precisa fue una de las obligaciones asumidas por los Estados partes en el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, de 19 de junio de 1990²⁸. Tras prever el establecimiento en las legislaciones nacionales de la obligación de los transportistas de hacerse cargo del extranjero al que se hubiera negado la entrada en el territorio y de tomar todas las medidas necesarias para asegurarse que el extranjero tiene en su poder los documentos exigidos para entrar en el territorio (art. 26.1), el párrafo segundo de esta misma disposición establece:

“Sin perjuicio de sus compromisos resultantes de su adhesión a la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951, relativa al estatuto de los refugiados, modificada por el Protocolo de Nueva York de 31 de enero de 1967, y respetando su derecho constitucional, las Partes contratantes se comprometen a establecer sanciones contra los transportistas que, por vía aérea o marítima, transporten desde un tercer Estado hasta el territorio de las partes contratantes, a extranjeros que no estén en posesión de los documentos de viaje exigidos”²⁹.

En el ámbito comunitario esta regulación se ha visto completada con la Directiva 2001/51/CE del Consejo, de 28 de junio de 2001, *por la que se completan las disposiciones del artículo 26 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen*

28. BOE de 5 de abril de 1994; C.E. BOE de 9 de abril de 1994.

29. El párrafo tercero de esta misma disposición extiende su alcance a los transportistas de grupos que realicen enlaces internacionales por carretera en autocar, con excepción del tráfico fronterizo.

de 14 de junio de 1985 y con la Directiva 2004/82, de 29 de abril, sobre la obligación de los transportistas de comunicar los datos de las personas transportadas, adoptada a iniciativa del gobierno español³⁰. Con la primera³¹ se amplía la obligación de hacerse cargo del extranjero a los viajeros en tránsito si la compañía de transporte que debería trasladarlo a su destino se negara a ello, o si el Estado de destino hubiera denegado su entrada y lo hubiera devuelto al Estado de tránsito (art. 2), y se prevé que los Estados miembros obliguen a los transportistas que no puedan devolver al extranjero, a encontrar los medios para su devolución inmediata y a cargar con los costes de ésta o, si su devolución inmediata no fuera posible, de los gastos de estancia y regreso.

Junto a ello, la directiva citada prevé la imposición de sanciones, que califica de *disuasorias, efectivas y proporcionales*, en virtud de lo establecido en el art. 26.2 del Convenio de Schengen, y para las que fija cantidades mínimas y máximas (art. 4).

Con la segunda, la adoptada este año, se amplían las obligaciones de los transportistas al imponerles la obligación de comunicar información sobre las personas transportadas y, con ello, los motivos que provocan una infracción.

En Derecho español, el cumplimiento de la obligación asumida como Estado parte en el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985³², se hizo efectivo con la modificación efectuada, por la L.O. 8/2000, de 22 de diciembre³³, a la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros y su integración social³⁴. El nuevo texto obliga a los transportistas a realizar la debida comprobación de la validez y vigencia, tanto de los pasaportes, títulos de viaje o documentos de identidad pertinentes, como, en su caso, del correspondiente visado, de los que habrán de ser titulares los extranjeros (art. 66)³⁵, y califica de infracción muy grave el transporte de extranjeros sin haber efectuado tal comprobación (art. 54.2). Infracción que, además de la

30. Cf. Documento (2003/C 82/08) Iniciativa del Reino de España con vistas a la adopción de una Directiva del Consejo sobre la obligación de los transportistas de comunicar los datos de las personas transportadas (DOUE de 5 de abril de 2003).

31. Cuya transposición debía producirse antes del 11 de febrero de 2003 (art. 7.1 de la Directiva).

32. Ratificado por nuestro país en 1993, mediante instrumento de ratificación de 23 de julio.

33. BOE de 23 de diciembre de 2000; C.E. BOE 23 de febrero de 2001.

34. BOE de 12 de enero de 2000.

35. La exigencia del cumplimiento de esta obligación por las empresas de transporte por carretera fue aplazada hasta que transcurriera el plazo de un año desde la entrada en vigor del Reglamento de aplicación de la Ley de extranjería; esto es hasta el 1 de agosto de 2002 (Disposición transitoria cuarta y Disposición final quinta del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprobó el Reglamento de aplicación de la ley sobre extranjeros).

correspondiente sanción³⁶, impone al transportista la obligación de hacerse cargo del extranjero y transportarlo de nuevo al país de procedencia, al que hubiera expedido el documento de viaje o a cualquier otro Estado donde esté garantizada su admisión. La única excepción recogida a estas obligaciones se concreta en el traslado de extranjeros a España desde un país en el que esté en vigor el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 (art. 30.4 y 6 del Reglamento). Ahora bien, la Ley prevé un supuesto en el que el traslado de indocumentados o extranjeros insuficientemente documentados no será considerado infracción. Es el caso en el que el extranjero solicite asilo y su solicitud sea admitida a trámite³⁷.

Con la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre por la que se modifica la Ley de Extranjería³⁸, se han establecido en nuestro ordenamiento interno las medidas necesarias para el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la directiva comunitaria de 2001, pues prevé la ampliación de la obligación de los transportistas de encargo y traslado para aplicarla a los extranjeros en tránsito³⁹, cuyo incumplimiento se considera infracción muy grave⁴⁰, y modifica la cuantía de las sanciones para adaptarlas a lo previsto en la directiva comunitaria⁴¹. Pero, la reforma no queda ahí, pues incorpora nuevas obligaciones. Se impone a las compañías la obligación de proporcionar, antes de que se inicie el transporte, una

36. La sanción prevista para estas infracciones muy graves es la de multa cuya cuantía puede oscilar entre 6.010,13 y 60.101,21 euros (art. 55 de la Ley y Resolución, de 22 de octubre de 2001 (BOE de 2 de noviembre de 2001), por la que se da publicidad a las equivalencias pesetas-euros de las sanciones tipificadas en dicha disposición).

37. A esta disposición se presentó una enmienda que el Partido Popular se negó a aceptar, en la que se preveía la no infracción de las compañías con la mera solicitud de asilo. La exigencia de admisión a trámite supone un plus añadido para las compañías de transporte que además restringe en la práctica el derecho a solicitar asilo. Sobre las sanciones a las compañías de transporte en relación con traslado de extranjeros cf. J.M. García Catalán, *Infracciones, sanciones y procedimiento en la Ley y el Reglamento de Extranjería*, Barcelona, 2002, pp. 104-106 y 449-452, así como las referencias contenidas en algunas obras relacionadas con la Ley de extranjería, ad. ex., P. Aguelo navarro y A. Álvarez Rodríguez, *Normativa comentada sobre el Derecho de Extranjería*, Valladolid, 2001, pp. 93-96 y 118-119; I. Alarcón Mohedano, T. Marañón Maroto, L.V. de Martín Sanz, *derecho de extranjería. Práctica administrativa y jurisdiccional*, Madrid, 2002, pp. 105-107; F. Alonso Pérez, Régimen jurídico del extranjero en España, 4ª ed., Madrid, 2004, pp. 433-434; D. Bouteillet-Paquet, *op. cit. supra nota* 5, pp. 214-216; D. López Garrido, *op. cit. supra nota* 22, pp. 188-191, y M. López Muñoz Goñi, *La nueva ley de extranjería. Guía práctica y jurisprudencia*, 2ª ed., Madrid, 2001, pp. 849-853;

38. BOE de 21 de noviembre de 2003.

39. art. 66.c .

40. art. 54.2 c.

41. Art. 55.

relación de los extranjeros con su correspondiente identificación⁴², así como información sobre los billetes de vuelta no utilizados por los pasajeros previamente trasladados a España. Su incumplimiento también se califica de infracción muy grave⁴³. Nuestro país pretendió que estas obligaciones⁴⁴, sin reflejo aún en el ordenamiento jurídico comunitario, fueran asumidas por la UE, pero la directiva aprobada sobre esta cuestión no menciona la obligación de informar sobre los billetes de vuelta no utilizados por los pasajeros trasladados al territorio de los Estados miembros.

La imposición de sanciones a las compañías aéreas por el transporte de extranjeros indocumentados o deficientemente documentados constituye una infracción del Anexo 9 del Convenio de Chicago, de 7 de diciembre de 1944, sobre aviación civil internacional⁴⁵. Este anexo, aunque impone a los transportistas, amén de otras⁴⁶, la obligación de tomar precauciones en el punto de embarque con el fin de que los pasajeros lleven consigo los documentos de control prescritos por los Estados (norma 3.37), impide la imposición de multas a las compañías salvo que existan pruebas de que el transportista actuó con negligencia (norma 3.37.1), recayendo la carga de la prueba en la Administración estatal⁴⁷.

Obligar a las compañías de transporte a comprobar que el extranjero cuenta con la documentación necesaria para entrar en España y que ésta es válida, hace que éstas realicen funciones que corresponden a los órganos de seguridad del Estado⁴⁸, con las consecuencias que de ello se derivan. La negativa de la compañía al traslado

42. Obligación que se pospone para el transporte terrestre internacional hasta que el gobierno adopte las modalidades, limitaciones, exigencias y condiciones de su cumplimiento (art. 66. a).

43. art. 54.2 b.

44. Obligaciones que sirven de argumento, entre otros, al recurso de inconstitucionalidad presentado por el Parlamento Vasco contra la Ley 14/2003.

45. El anexo 9 del Convenio de Chicago fue revisado por última vez tras las recomendaciones efectuadas en la Décima Reunión departamental (Montreal, septiembre de 1988). Tales enmiendas entraron en vigor el 30 de julio de 1990, siendo aplicables desde el 15 de noviembre de 1990. El texto de este Anexo puede consultarse en OACI, *Normas y métodos recomendados internacionales. Anexo 9 al Convenio de Chicago sobre aviación civil internacional*, 9ª edición, julio 1990.

46. Las normas 3.35 y 3.35.1 de este anexo imponen a los transportistas la obligación de hacerse cargo de los pasajeros hasta que se verifique su admisión en el territorio del Estado.

47. En este sentido cf. F. Crepeau, *Droit d'asile: de l'hospitalité aux controles migratoires*, Bruselas, 1995, p. 204. En España, el principio constitucional de presunción de inocencia recogido en el art. 24.2 de la Constitución opera a favor de las compañías e impone la carga de la prueba a quien considera que se ha producido un incumplimiento de las obligaciones establecidas; en este caso a la Administración española.

48. Tales actuaciones podrían ser imputadas al Estado según las normas del Derecho Internacional que rigen esta materia. Tal y como ha recogido la CDI en su proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, se consideran hecho del Estado: 1. el comportamiento de una persona o entidad que no es órgano del Estado pero que esté

con la finalidad de evitar ser sancionada, puede situar al los particulares en situación de indefensión⁴⁹.

Además, la imposición de sanciones a las compañías si la solicitud de asilo presentada no es admitida a trámite hace que éstas se vean inducidas a apreciar el éxito que la solicitud de asilo pueda tener en la primera etapa del procedimiento por el que se reconoce la condición de refugiado y se otorga el asilo. En este caso están emitiendo un juicio que en Derecho español corresponde a la Administración⁵⁰ y, lo que es aún más grave, es que éste se produce sin las garantías que al extranjero otorga la legislación española en el momento de presentar la solicitud, de procederse a su examen y decidir sobre su admisión. Nos referimos al derecho a intérprete, a la asistencia de abogado (art. 5.2; 8.4 y 19.2 del Reglamento), la posibilidad de entrevistarse con el representante de ACNUR en España (art. 20.1 a del reglamento), y la posibilidad de solicitar un reexamen⁵¹ o de interponer recurso contencioso-administrativo ante la resolución en la que se inadmita a trámite su solicitud (art. 21.1 de la Ley y 39.1 del Reglamento).

La apreciación que las compañías de transporte hagan de cada caso, puede impedir al extranjero que busca asilo, acceder al territorio del Estado donde quiere presentar su solicitud. Esta situación, además de constituir una violación del derecho a solicitar asilo, podría considerarse contraria al art. 12.2 del Pacto sobre derechos civiles y políticos que reconoce a toda persona el derecho a salir de

facultada por el derecho de ese Estado para ejercer atribuciones del poder público, siempre que, en el caso de que se trate, la persona o entidad actúe en esa capacidad (art. 5); y 2. el comportamiento de una persona o grupo de personas si esa persona o grupo de personas actúa de hecho por instrucciones o bajo la dirección o el control de ese Estado al observar ese comportamiento (art. 8). Cf. en este punto el Comentario al artículo 5 efectuado por la propia CDI en Doc. A/56/10 Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 53º periodo de sesiones (23 de abril a 1 de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001), p. 78-81, en particular la referencia a las compañías aéreas efectuada en la p. 78, y el comentario al art. 8, pp. 92-97, en particular, p. 92-93. Las consecuencias de lo dicho serían importantes en el caso de que esas actuaciones supusieran la comisión de un ilícito internacional. Sin embargo la comprobación de la validez y pertinencia de la documentación del extranjero no supone una vulneración de obligación internacional alguna.

49. La reclamación del particular a la compañía habrá de enfrentarse a la existencia de la obligación de comprobación impuesta a la compañía y ante la previsible apreciación de la mala fe del extranjero.

50. La autoridad competente para decidir sobre la admisión a trámite de una solicitud de asilo presentada en España es el Ministro del Interior (art. 17 y 20 del Reglamento de aplicación de la Ley de asilo).

51. Posibilidad prevista en nuestra legislación sólo para los supuestos de inadmisión a trámite de una solicitud presentada en la frontera (art. 5.7 de la Ley y tramitada por tanto a través de un procedimiento acelerado (arts. 5 de la Ley y 18-21 del Reglamento).

cualquier país, incluso del propio y que no admite más restricciones que aquellas que reúnan las condiciones establecidas en el párrafo 3 de esta misma disposición⁵².

Si, con la finalidad de evitar la sanción, la compañía de transporte niega al extranjero sus servicios, esa negativa, unida a la exigencia de encontrarse fuera del país de origen o residencia para presentar la solicitud de asilo, supone un obstáculo excesivo, desproporcionado y, en ocasiones, insalvable que ha de ser considerado una violación del derecho a solicitar asilo. Una violación que alimenta el tráfico de personas. La situación desesperada de quien busca protección y ve cómo se ponen obstáculos a la salida normal de su país, hace a estas personas presa fácil de las mafias que, valiéndose del callejón sin salida en que se encuentran quienes huyen para sobrevivir, hacen negocio poniendo en peligro la vida de las personas y difícilmente puede apreciarse como medida encaminada a evitar la inmigración ilegal, sino todo lo contrario, la motiva y favorece el mantenimiento de uno de los principales retos de la sociedad internacional del siglo XXI y al que debe hacerse frente evitando las causas que lo provocan.

2) *Limitaciones y violaciones relacionadas con el derecho a elegir el país en que solicitar asilo y a que sea éste el que analice la solicitud*

Con la finalidad de evitar la aparición de los mal llamados refugiados en órbita⁵³ y asegurar que la solicitud de asilo fuera examinada por algún Estado⁵⁴, los participantes en el espacio Schengen suscribieron en 1990 el Convenio de Dublín⁵⁵,

52. El párrafo 3 del art. 12 prevé que “Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto”. El Pacto fue publicado en el BOE de 30 de abril de 1977.

53. Situación considerada por la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos como un trato inhumano o degradante contrario al art. 3 del Convenio de Roma de 1950. Cf. Informe de 17 de Julio de 1980 en el asunto *Manitu Giama c. Bélgica*, Recueil des décisions et rapports de la Comisión européenne des droits de l’homme, vol. XXI, pp. 73-85.

54. Sobre la determinación del Estado responsable de conocer las solicitudes de asilo, cf. D. Bouteillet-Paquet, *op. cit. supra nota 5*, pp. 201-220; J. Martín y Pérez de Nanclares, *La inmigración y el asilo en la Unión Europea. Hacia un nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia*, Madrid, 2002, pp. 226-242.

55. Convenio que vino a sustituir al Protocolo de Bonn, de 26 de abril de 1994 que a su vez había reemplazado las disposiciones del Convenio sobre la aplicación del Acuerdo de Schengen relacionadas con la competencia para el examen de las demandas de asilo (Título II, Capítulo VII). Su entrada en vigor se produjo el 1 de enero de 1997. Su Preámbulo advierte de la necesidad de no dejar a un solicitante de asilo demasiado tiempo en la incertidumbre de no conocer el curso que pueda darse a su solicitud, de garantizarles que su solicitud será examinada por alguno de los Estados miembros, y de evitar que sean objeto de reenvíos sucesivos de un Estado miembro a otro sin que ninguno de ellos asuma la competencia del examen de la solicitud de asilo.

sustituido entre los miembros de la UE⁵⁶ por el Reglamento 343/2003 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 país⁵⁷.

Sin embargo, sus efectos, tanto los del Convenio como los del Reglamento comunitario que lo sustituye, van más allá de este loable propósito. Con ellos se ha puesto fin a la libre elección del país al que se solicita asilo y a la posibilidad de presentar, sucesiva o simultáneamente, la misma solicitud en varios Estados (refugiados múltiples), en particular en los que sean parte del tratado o estén vinculados por el Reglamento.

El Derecho Internacional no constriñe el ejercicio del derecho a solicitar asilo a que la solicitud se presente ante, ni sea examinada por, un país con el que el solicitante tenga o haya tenido relación, ni prevé la pérdida del derecho tras la primera solicitud. Y esto es lo que ocurre en la práctica cuando el solicitante dirige su petición a uno de los Estados miembros de la UE o a Islandia o Noruega. En estos casos sólo un Estado, y siempre y cuando el solicitante no sea remitido a un tercer Estado⁵⁸, examinará la solicitud y la decisión adoptada producirá efectos extraterritoriales aunque limitados, eso sí, a estos Estados⁵⁹. Contra lo dicho cabría

56. A excepción de Dinamarca que no participó en su elaboración ni está vinculada por el mismo (párrafo 18 del Preámbulo).

57. DOUE de 25 de febrero de 2003. Ese Reglamento ha sido completado por el Reglamento 1560/2003 de la Comisión por el que se establecen las disposiciones para su aplicación (DOUE de 5 de septiembre de 2003).

58. La seguridad de que uno de los Estados parte en el Convenio o miembro de la Unión examine la solicitud no está garantizada, pues es posible que se produzca el reenvío a un tercer país (art. 3.5 del Convenio y art. 3.3 del Reglamento 343/2003). En este sentido cf. N. Blake, "The Dublin Convention and Rights of Asylum Seekers in the European Unión", en E. Guild y C. Harlow, *op. cit. supra nota* 7, p. 105.

59. Aunque no existe ninguna disposición en el Convenio de Dublín ni en el Reglamento comunitario que prevea los efectos extraterritoriales de las decisiones adoptadas por el Estado responsable del examen de la solicitud de asilo, estos efectos son consustanciales con el sistema establecido. En este sentido cf. J. Bolten, "From Schengen to Dublín: The New Frontier of Refugee Law", en H. Meijer, Schengen: *Internationalisation of Central Chapter of the Law of Aliens, Refugees, Privacy, Security and the Police*, 2ª ed., Utrecht, 1992; pp. 26-28; D. Bouteillet-Paquet, *op. cit. supra nota* 5, pp. 205-207; R. Fernhout, "La détermination du statut de réfugié et le principe de "Pays tires sûr", en J. Y. Carlier, D. Vanheule (dir.) *Europe and Refugees: A Challenge?*, Kluwer, 1997, pp. 194-195. Aunque el Comité Ejecutivo del ACNUR ha considerado que la decisión favorable al reconocimiento de la condición de refugiado debe tener efectos extraterritoriales por ser favorable para el refugiado, ampliar su protección y resultar conforme con el propósito de la Convención de Ginebra y el Proptocolo de Nueva York (Conclusión nº 12 (XXIX) adoptada en el 29º periodo de sesiones, 1978, sobre las consecuencias extraterritoriales de la determinación de la condición de refugiado), en ese mismo texto advierte de la impropiedad de extender tales efectos a las decisiones de inadmisión a trámite o de denegación de la condición de refugiado. En la citada conclusión el Comité Ejecutivo

señalar que admitir la posibilidad de plantear tantas solicitudes como Estados participan de este sistema no garantizaría al solicitante el éxito de su petición. Pero, aunque ello sea cierto, es necesario tener en cuenta que tal posibilidad no legitima las restricciones al derecho a solicitar asilo y que, mientras estos Estados, y en particular los miembros de la UE, no tengan establecido un auténtico sistema común de asilo y sigan existiendo diferencias en sus legislaciones internas y su práctica⁶⁰, nada garantiza que la respuesta de todos y cada uno de ellos sea la misma y nada debería impedir el derecho de todo perseguido a solicitar asilo en el país que desee y a que sea éste el que examine su solicitud. El establecimiento definitivo del sistema común de asilo al que se aspira en la UE⁶¹ habría de garantizar la homogeneidad de regulación y práctica, y a este objetivo se destina la Directiva 2004/83, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apartidas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección

del ACNUR reconoce que la decisión de un Estado contratante de no reconocer la condición de refugiado no impedirá que otro Estado contratante examine una nueva solicitud presentada por la misma persona. Lo contrario resulta lesivo para los solicitantes de asilo y restrictivo de su protección.

60. Sobre la diferente protección en la UE derivada de las diferencias legislativas así como de la práctica seguida como evidencia la disparidad entre los miembros de la Unión Europea a la hora de interpretar el término persecución y los agentes de la misma, cf, D. Bouteillet-Paquet, *op. cit supra nota 5*, pp. 242-246; N. Blake, *op. cit. supra nota 58*, pp. 110-111.

61. Según las conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Tampere de octubre de 1999, para conseguir un sistema común de asilo, esto es un procedimiento común y un concepto de refugiado y un estatuto jurídico uniforme, era imprescindible a corto plazo proceder a: 1) la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo; 2) el establecimiento de normas comunes para un procedimiento de asilo eficaz y justo, que se fundamentará, como se puede advertir teniendo en cuenta la propuesta modificada de directiva del Consejo, de 18 de junio de 2002, (COM (2002) 326, en una aceleración de los procedimientos permitiendo rechazar solicitudes sin entrar en el fondo; 3) el establecimiento de las condiciones mínimas comunes para la acogida de los solicitantes de asilo, para lo que se ha aprobado la directiva 2003/9/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros (DOCE de 6 de febrero de 2003); 4) la aproximación de las normas sobre reconocimiento y contenido del estatuto de refugiado que supere las diferencias que existen en las legislaciones de los Estados miembros, para lo que se ha aprobado la Directiva 2004/83, de 29 de abril de 2004, en la que se establecen las normas mínimas sobre los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apartidas como refugiados o personas necesitadas de protección internacional y sobre el contenido de la protección concedida. Todo ello debería completarse según el Consejo Europeo con medidas relativas a formas de protección subsidiarias que ofrezcan un estatuto adecuado a toda persona que necesite protección, para lo que se adoptó la Directiva 2001/55/CE del Consejo, de 20 de julio de 2001, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida, en la que se establecen normas mínimas para conceder protección temporal a los desplazados en masa. Dicha directiva no resulta aplicable ni a Irlanda ni a Dinamarca.

internacional y al contenido de la protección concedida⁶² y que habrá de ser transpuesta antes 10 de octubre de 2006. Sin embargo, al permitir el establecimiento por los Estados de normas más favorables a las previstas en la misma posiblemente no termine con las diferencias y no impedirá que el sistema se perciba como limitación del derecho a solicitar asilo y contrario al derecho del solicitante a buscar asilo en el país que desee y a que la solicitud sea examinada por ese Estado.

3) Limitaciones y violaciones relacionadas con el derecho al análisis individualizado

Las principales limitaciones que afectan al derecho que tiene el solicitante de asilo que su petición sea examinada de forma individualizada guardan relación con el establecimiento en los procedimientos establecidos para conseguir el reconocimiento de la condición de refugiado y el consiguiente asilo de una fase previa destinada a decidir sobre la admisión a trámite de las solicitudes y, en particular, sobre algunas causas de inadmisión que operan de manera automática y, por tanto, sin tener en cuenta las condiciones específicas y particulares de la solicitud. Entre las causas de inadmisión a trámite de las solicitudes de asilo se encuentra la relacionada con solicitudes que se basen en hechos, datos o alegaciones manifiestamente falsos, inverosímiles o que, por carecer de vigencia actual, no fundamenten una necesidad de protección (art. 5.6.d).

Este motivo se utiliza por la Administración española para inadmitir a trámite sistemáticamente las solicitudes de asilo presentadas fuera de plazo y las presentadas por personas vinculadas, por nacionalidad o residencia, con un país seguro. Situaciones a las que se viene a unir el hecho de que el solicitante haya transitado por un tercer país seguro ante el que podría haber solicitado protección (art. 5.6 f)

● *Solicitudes presentadas fuera de plazo*

En la práctica se observa que los ordenamientos internos de los Estados, como ocurre en el nuestro, establecen plazos para efectuar la petición de asilo. La razón de ser de esta actitud se encuentra en el deseo de evitar solicitudes extemporáneas que se formulan con el único designio de evitar la expulsión⁶³. El incumplimiento

62. DOUE de 30 de septiembre de 2004. La Directiva presenta un estatuto jurídico de protección cuyo contenido es inferior al previsto en la Convención de Ginebra, ya que no se hace referencia a todos los derechos que para los refugiados enumera el texto convencional. Sin embargo, la Directiva salva cualquier posible contradicción con el Convenio al establecer que su contenido no afectará a los derechos establecidos en la Convención de Ginebra (art. 20.1).

63. En este sentido cf. Dictamen del Consejo de Estado n° 1492/94, p. 18.

del plazo no supone impedimento para presentar la solicitud y no puede, por tanto, considerarse una actuación que vulnere el derecho a solicitar asilo. Pero, si tenemos en cuenta que las solicitudes presentadas fuera de plazo no son admitidas a trámite sistemáticamente, si constituye una violación del derecho del solicitante a que su petición sea examinada de forma individual y con especial consideración de sus circunstancias personales.

La Convención de Ginebra de 1951 sobre estatuto de los refugiados no impone a quienes desean ver reconocida la condición de refugiado, la obligación de presentar la solicitud dentro de un plazo ni que lo hagan inmediatamente o sin demora a su salida del país de origen⁶⁴. La Convención sólo hace referencia a esta actitud –ponerse sin demora en contacto con las autoridades- para eludir la imposición de sanciones por parte del Estado⁶⁵. Claro que, la Convención tampoco prohíbe a los Estados partes imponer a los solicitantes la presentación de la solicitud dentro de un plazo.

Según el art. 7.1 del Reglamento de aplicación de la Ley de asilo, la solicitud de asilo en el interior del territorio español⁶⁶ habrá de presentarse en un plazo de un mes a contar desde la entrada en el mismo, salvo que el extranjero disfrute de un periodo de estancia legal superior al citado, en cuyo caso podrá presentarse antes de la expiración del mismo. En el caso de los refugiados *sur place*⁶⁷ el plazo de un mes se computará a partir del momento en que hayan acontecido los hechos que justifiquen su temor de persecución.

El incumplimiento del plazo es percibido por la Administración española como circunstancia que justifica la inadmisión a trámite (art. 7.2 Rgto). La apreciación de esta circunstancia de forma automática y sin atender a las circunstancias del caso

64. En este sentido es necesario tener en cuenta que la Convención de Ginebra no regula las cuestiones relacionadas con el procedimiento a seguir para obtener la condición de refugiado.

65. De acuerdo con este art. 31 de la Convención de Ginebra, la Ley española sobre asilo prevé que la entrada ilegal del solicitante en territorio español no podrá ser sancionada cuando haya sido realizada por persona que reúna los requisitos propios de la condición de refugiado siempre que se presente sin demora a las autoridades (art. 4.1).

66. No se impone un plazo para presentar las solicitudes en la frontera ya que resulta evidente que éstas se presentan en el mismo momento en que se impide la entrada del extranjero en el territorio. Tampoco se manifiesta nuestra legislación sobre la existencia de un plazo para presentar la solicitud en embajadas u oficinas consulares, aunque resulta evidente que el acceso a la misión con esta finalidad implica la presentación inmediata de la solicitud.

67. Se encuentran en esta situación aquellos extranjeros que una vez que se encuentran fuera de su país se convierten en refugiados como consecuencia de una circunstancia sobrevenida en el país de origen que justifica la existencia de fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas.

concreto, como ocurre en la práctica, constituye una restricción evidente de las consecuencias que se derivan de la existencia del derecho a solicitar asilo, pues impide la apreciación individualizada de la solicitud. El incumplimiento del plazo establecido puede deberse a causas o motivos que nada tienen que ver con la presentación de una solicitud manifiestamente infundada⁶⁸, y lo más correcto sería analizar esta circunstancia en función del caso concreto. Incluso, lo más conforme con el Derecho Internacional sería la admisión a trámite de la solicitud, si hay razones para ello, y la imposición de una sanción al solicitante que, por respeto al principio de no devolución, debería consistir en una multa⁶⁹.

● *Solicitudes relacionadas con países seguros*

La vinculación del asilo con los refugiados, y por tanto con personas que huyen de una persecución o a consecuencia de fundados temores a ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social o ideología política, ha traído como consecuencia la afirmación de que existen Estados incapaces de generar refugiados. Son los denominados países seguros.

En consecuencia, y con la finalidad de reducir las posibilidades de obtener asilo, algunos Estados, entre ellos los miembros de la UE, consideran inadmisibles las solicitudes de asilo presentadas por personas vinculadas, bien por nacionalidad o residencia, con tales Estados.

A ello se ha unido, 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, hayan transitado por algún país seguro en el que podrían haber solicitado asilo. Son los terceros países seguros.

En el ámbito de la UE y de los Estados pertenecientes al espacio Schengen, la posibilidad de eludir el examen de la solicitud y reenviar al extranjero a un tercer país seguro está prevista. Tanto el Convenio de Dublín (art. 3.5) como el Reglamento comunitario que lo sustituye (art. 3.3) advierten que los Estados conservan la posibilidad, en aplicación de su Derecho nacional, de enviar al solicitante de asilo a un tercer país respetando las disposiciones de la Convención de Ginebra.

68. De ahí que en alguna ocasión nuestra Audiencia Nacional haya estimado el recurso presentado y haya decidido admitir a trámite una solicitud presentada fuera de plazo por considerarlo justificado. Cf. sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 8ª, de 18 de septiembre de 2002).

69. Según el régimen sancionador de la Ley extranjeros (art. 57.1), al considerarse falta grave la sanción puede consistir en expulsión o multa.

Los Estados europeos, entre ellos España, contemplan en su Derecho interno la posibilidad de no admitir a trámite las solicitudes relacionadas con países seguros. Posibilidad contemplada también en la propuesta modificada de Directiva del Consejo sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado⁷⁰, que de aplicarse supondrá, a buen seguro, la incorporación de nuevas causas de inadmisión⁷¹.

El problema que plantean las causas de inadmisión relacionadas con países seguros, ya sea el de origen o un tercero, es el de saber quién, cómo y con qué criterios va a efectuar esta calificación. En este sentido, es necesario advertir que todos los miembros de la UE se consideran países seguros. El Protocolo 29 al Tratado de la Comunidad Europea, introducido por el Tratado de Ámsterdam, sobre asilo a nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea⁷² establece esta presunción, y sólo admite tal posibilidad en cuatro supuestos, tres de ellos conectados con situaciones en las que en un Estado miembro existan situaciones críticas de falta de respeto de los derechos humanos, y el cuarto centrado en el caso de que el Estado miembro de la nacionalidad del solicitante así lo decidiera. Para el resto de Estados no se han aprobado aún las normas comunitarias conducentes a tal calificación. De aprobarse la propuesta modificada de directiva relativa al procedimiento antes mencionada, se habrán concretado los criterios a utilizar para determinar si un país ha de ser considerado seguro⁷³ y, probablemente, se habrá elaborado una lista de terceros países seguros⁷⁴.

70. COM (2002) 326 final; 2000/0238 (CNS).

71. En la propuesta de directiva, además de establecerse criterios para la aplicación de algunos de los motivos se incluyen supuestos hasta ahora no contemplados, al menos expresamente, como, por ejemplo, el supuesto en el que un tercer país hubiere hecho una petición de extradición y éste sea otro Estado miembro o un tercer país seguro (art. 25 d) de la Propuesta), o cuando el solicitante hubiere sido procesado por un Tribunal penal internacional (art. 25.e) de la propuesta).

72. Protocolo elaborado a iniciativa de España que pretendía impedir la posibilidad de que se otorgara asilo en cualquier Estado miembro a personas pertenecientes a grupos armados, como había ocurrido en alguna ocasión con miembros de ETA a los que Bélgica había concedido asilo.

73. Los criterios y principios previstos en la propuesta de directiva se estructuran en dos grupos, uno para los terceros países seguros y otro para los países de origen seguros. Mientras que en los primeros lo determinante la observancia de las obligaciones internacionales relacionadas con los refugiados y de las derivadas del Derecho de los derechos humanos y, en el segundo caso, amén de la observancia de la normativa sobre derechos humanos, se hace referencia expresa a que el Estado constituya un Estado de Derecho, tenga estructuras democráticas y sea estable.

74. Existe una iniciativa de Austria relacionada con los criterios para determinar los Estados que puedan calificarse de terceros Estados seguros en la que se incluye una lista de terceros Estados europeos seguros en la que se incluyen, tanto a los Estados no miembros pertenecientes al espacio Schengen (Islandia y Noruega), los candidatos a la ampliación de la UE (Bulgaria, Chipre, República Checa, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta, Polonia, Rumania) y Suiza. Para calificar como tercer Estado de seguro al resto se considera criterio determinante la participación

Por el momento, la apreciación del carácter seguro de los países de origen o terceros Estados corresponde a los Estados y, a menos que se hayan elaborado listas oficiales sobre países seguros⁷⁵, al órgano encargado de adoptar la decisión sobre la admisión a trámite de la solicitud de asilo.

En España, aunque alguna ONG ha advertido de la existencia de una lista elaborada por la Comisión interministerial de asilo y refugio (CIAR)⁷⁶, no existe reconocimiento de su existencia ni constancia de su carácter oficial. La Oficina de asilo y refugio y el Ministerio del Interior, órganos que intervienen en la fase de admisión a trámite, son los encargados de apreciar este carácter y de inadmitir a trámite las solicitudes, bien porque el país de origen del solicitante se considera seguro, o bien porque el solicitante procede de un tercer país seguro.

La inadmisión a trámite cuando el solicitante proceda de un país seguro o haya transitado por el territorio de un tercer Estado cuya protección hubiera podido solicitar (art. 5.6 f) de la Ley de asilo) constituye una violación del derecho al análisis individualizado y realizado en función de las circunstancias del caso. Además el último caso –inadmisión relacionada con terceros países seguros- resulta contraria a la libertad que tienen los solicitantes de asilo de elegir el país ante el que presentar el asilo. Como ya se ha apuntado, la Declaración Universal de los derechos humanos advierte del derecho a solicitar asilo en cualquier país, existiendo una libertad de elección que no se encuentra restringida por la Convención de Ginebra de 1951. Ninguna de sus disposiciones obliga al refugiado a presentar la solicitud en el primer país en el que ponga el pie y pueda solicitar protección.

en determinados convenios internacionales, contar con un procedimiento accesible al solicitante, prever la permanencia del solicitante durante el tiempo en que se evacua el procedimiento y gocen de protección contra los tratos inhumanos ocasionados por la repatriación. Los convenios que se consideran pertinentes son la Convención de Ginebra de 1951 y el Protocolo de 1967, el Convenio de Roma de 1950 y el Pacto de 1966 de derechos civiles y políticos y su primer Protocolo (el del Comité de DH), a los que se añade, en caso de ser miembro del Consejo de Europa, el Convenio de Roma de 1950 y los Protocolos 6 y 11. La apreciación de la seguridad según la participación en los referidos tratados otorgaría tarjeta de seguridad a un centenar de Estados entre los que se encontrarían, por ejemplo, Sierra Leona o Argelia. En relación con el resto de criterios manejados por esta iniciativa cabría preguntarse lo siguiente: ¿basta con que esto esté previsto o incorporado al ordenamiento jurídico del Estado o habrá que apreciar estas circunstancias analizando la práctica?. Si nos decantamos por la primera de las hipótesis la lista seguirá siendo amplísima; si preferimos la segunda, puede que las etiquetas vayan desapareciendo llegando incluso a afectar a los propios miembros. La interpretación que se adopte puede determinar lo acertado del criterio.

75. Como ocurre en Alemania. En este sentido cf. R. Arnold, “La réforme du droit d’asile”, *RFDA*, 1994-2, pp. 276-284.

76. Cf. Informe de Amnistía Internacional, El asilo en España. Una carrera de obstáculos, septiembre 2001, p. 60.

4) Limitaciones y posibles violaciones relacionadas con el derecho a protección hasta la resolución definitiva de la solicitud

El derecho a solicitar asilo implica el reconocimiento de la garantía de protección mientras se tramita la solicitud. Como ya hemos apuntado la presentación de la solicitud de asilo en la frontera no autoriza al solicitante a entrar en territorio español.

La situación del extranjero retenido en la frontera puede plantear dudas a la hora de su calificación jurídica. Esta persona puede, si lo desea, 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. Esta retención, se califique como detención o no, ha de resultar respetuosa con los derechos humanos y, por tanto, esta situación no puede dilatarse excesivamente, resultando coherente aplicar a ésta el mismo plazo que exista para hacer comparecer a un detenido ante el juez.

En Derecho español, y a tenor de la regulación establecida en la Ley de asilo y en el Reglamento para su aplicación, los efectos de la presentación de las solicitudes no son los mismos en todo caso, sino que están relacionados con el lugar en que se haya presentado la solicitud. Mientras que la presentada en el territorio nacional autoriza la permanencia en España, la presentada en la frontera no comporta la autorización de entrada en el territorio⁷⁷. En este caso, el extranjero tiene que permanecer en el lugar habilitado para ello, en la zona de tránsito en los aeropuertos, por ejemplo, y no puede entrar en el territorio nacional. Este es sin duda alguna uno de los aspectos más polémicos de nuestra Ley y fue el que sirvió de base para la presentación, por el Defensor del Pueblo, del recurso de inconstitucionalidad de la Ley de 1994. Nuestro Tribunal Constitucional no ha considerado que exista contradicción entre el texto legal y nuestra Constitución, en particular el art. 17.2 relativo a la duración de la detención preventiva, y ha considerado que el extranjero está en situación de espera y no detenido, y que la espera no excede de lo estrictamente necesario y resulta ponderada⁷⁸.

77. La presentación de la solicitud en el territorio nacional supondrá la autorización de permanencia provisional en España cualquiera que sea la situación jurídica del solicitante según la legislación de extranjería o la documentación de que disponga, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado de medidas cautelares y de los supuestos de inadmisión a trámite (art. 11 Rgto). Al solicitante de asilo se le proveerá de un comprobante de solicitud debidamente sellado, que se unirá a su pasaporte y le habilitará para permanecer en España por un periodo de sesenta días. Cualquier cambio de domicilio habrá de ser comunicado (art. 13.1 Rgto). Esta situación no se produce respecto de los solicitantes en la frontera, que deben permanecer en el puesto fronterizo durante la tramitación de la admisión a trámite y, en su caso, del reexamen. La equiparación con los solicitantes en territorio nacional en este punto sólo se produce cuando la solicitud es admitida a trámite.

78. Cf. STC 53/2002, de 27 de febrero de 2002, fundamentos jurídicos 4-10.

El derecho de protección del solicitante hasta que se dicte una resolución definitiva puede también verse comprometido si prosperan las iniciativas planteadas por algunos Estados Europeos de crear campos de retención (portales de inmigración) de solicitantes de asilo fuera del territorio de la UE. Con la mirada puesta en un primer momento en los países balcánicos, la Federación Rusa y Ucrania⁷⁹, las iniciativas planteadas últimamente se han fijado en Estados del norte de África como territorio adecuado para su instalación⁸⁰. La pretensión de los miembros de la UE consiste en retener en esos campos a los demandantes de asilo interceptados en aguas internacionales o a los que hayan llegado a esos Estados y no hayan entrado aún en la UE y que vendría a completar la práctica seguida hasta ahora respecto de la retención en el puesto fronterizo de quienes presentan allí su solicitud.

El estándar humanitario respetado por el Estado de acogida constituye un elemento esencial a la hora de valorar si esta pretensión respeta la obligación que tienen los Estados de proteger a quienes les dirigen una solicitud de asilo y si su aplicación se efectúa con escrupuloso respeto del principio de non refoulement. Iniciativas de este tipo, contrarias a la solidaridad que debería inspirar las políticas sobre asilo, no deberían ponerse en práctica sin que los miembros de la UE consiguieran que estos Estados acepten un estatuto de protección similar al que se dispensa en el territorio europeo, y además se aseguraran de que estos Estados están vinculados por la Convención de Ginebra y su Protocolo, los principales convenios sobre derechos humanos, y los mecanismos de control en ellos establecidos⁸¹. La ayuda económica para gestionar esos centros y evitar los efectos negativos que pueden producirse en los Estados de asentamiento, siendo necesaria, no resulta suficiente para garantizar la obligación de protección.

5) Limitaciones y violaciones relacionadas con el principio de non refoulement

Para hacer efectiva la inadmisión a trámite de la solicitud y proceder a la expulsión o devolución del solicitante mediante el retorno al país de tránsito es

79. En el Consejo de Ministros de Interior celebrado en la ciudad griega de Veira, en marzo de 2003, El Reino Unido propuso la creación fuera del territorio de los Estados miembros, en particular parece que se piensa en los Balcanes, Rusia y Ucrania, como lugares de destino, de centros especiales donde trasladar a los solicitantes de asilo mientras esperan la decisión adoptada respecto de su solicitud. Esta propuesta fue apoyada también por España e Italia. La propuesta fue rechazada por ir dirigida a trasladar a esos centros a demandantes de asilo que ya se encontraban en el territorio de la UE.

80. En los últimos meses hemos asistido a un replanteamiento de la propuesta en la que se considera a Marruecos, Argelia, Mauritania, Libia o Túnez candidatos a la instalación de estos centros de retención de los solicitantes de asilo.

81. ¿Acaso puede considerarse Libia un país adecuado para la instalación de estos centros cuando se advierte que no es parte en la Convención de Ginebra sobre el estatuto de los refugiados?. ¿Podemos considerar acorde con la obligación de protección la instalación de estos centros en Mauritania, Estado que no ha manifestado el consentimiento al Pacto de derechos civiles y políticos o en países como Marruecos o Túnez que no son partes en el Primer Protocolo al Pacto de derechos civiles y políticos?.

preciso contar con el consentimiento de este tercer Estado, pues sólo el Estado de la nacionalidad está obligado a aceptar al solicitante en su país. Para asegurar ese placet y agilizar los trámites, España ha concluido tratados de readmisión de extranjeros con algunos países, en particular, los asiduos Estados de tránsito de quienes, por infinidad de motivos, llegan al nuestro con el deseo de solicitar asilo o simplemente vivir y trabajar en nuestro país. Son tratados bilaterales en los que aunque las obligaciones son asumidas por ambas partes sólo operar en una dirección, la del otro, obligado a aceptar la entrada de aquellos inmigrantes y solicitantes de asilo que antes de llegar a España hayan transitado por su territorio⁸². Con la conclusión de estos tratados⁸³ se puede asegurar la salida o devolución de los extranjeros, pero, para que se produzca con escrupuloso respeto del principio de *non refoulement*, el Estado que inadmite la solicitud de asilo o que deniega la condición de refugiado habrá de asegurarse de que el tercer Estado actuará de forma acorde con la protección del extranjero que impone el principio de no devolución⁸⁴. Una cuestión a la que los miembros de la UE no prestan atención cuando invitan a los Estados con los que concluyen acuerdos de readmisión a que hagan lo mismo con sus vecinos más próximos que sean países de tránsito de extranjeros.

Para que el respeto del principio de *non refoulement* se produzca resulta imprescindible conocer su alcance. Una de las dudas que sobre éste existe es la relacionada con su infracción cuando se retiene a los extranjeros antes de llegar al territorio del Estado y poder presentar su solicitud de asilo. ¿Se infringe la

82. En los últimos años, nuestro país ha concluido acuerdos sobre readmisión de personas en situación irregular con varios países, incluso en algún convenio sobre regulación y ordenación de los flujos migratorios, como el suscrito con Ecuador el 29 de mayo de 2001 (BOE de 10 de julio de 2001) también se incluye la obligación de readmitir a no nacionales que hayan transitado por el territorio de una de las partes antes de acceder al territorio de la otra parte. Cf. los acuerdos suscritos con Bulgaria (Acuerdo de 16 de diciembre de 1996; BOE de 28 de febrero de 1997), Eslovaquia (Acuerdo de 3 de marzo de 1999; BOE de 20 de abril de 1999), Estonia (acuerdo de 28 de junio de 1999; BOE de 11 de mayo de 2000) Letonia (Acuerdo de 30 de marzo de 1999; BOE de 18 de abril de 2000), Italia (Acuerdo de 4 de noviembre de 2000; BOE de 7 de febrero de 2001, CE BOE de 19 de junio de 2001), Lituania (Acuerdo de 18 de noviembre de 1998; BOE de 19 de abril de 2000), Marruecos (Acuerdo de 13 de febrero de 1992; BOE de 25 de abril de 1992), Portugal (Acuerdo de 15 de febrero de 1993; BOE de 31 de marzo de 1995), Rumania (Acuerdo de 29 de abril de 1996; BOE de 21 de junio de 1996), Polonia (Acuerdo de 21 de mayo de 2002; BOE de 22 de julio de 2004) y el concluido con Francia el 26 de noviembre de 2002 (BOE de 26 de diciembre de 2003, CE BOE de 30 de enero de 2004) que sustituye al suscrito con este país el 8 de enero de 1988 (BOE de 6 de mayo de 1989; CE BOE de 4 de septiembre de 1989).

83. Aspecto sobre el que ha insistido el Consejo de Asuntos Generales y Relaciones Exteriores de la UE en su sesión de 2 de noviembre de 2004. El Consejo ha hecho una invitación a estos países con los que se vienen concluyendo acuerdos de readmisión a que hagan lo propio con sus vecinos y habituales países de tránsito de extranjeros.

84. Sobre las cuestiones relacionadas con el retorno a un tercer país seguro cf. G.S. Goodwin-Hill, *op. cit. supra nota 6*, pp. 338-342.

obligación derivada de este principio cuando se rechaza al extranjero en la frontera o se le intercepta en aguas internacionales y se le devuelve al país del que huyen o al último país de tránsito sin permitirles presentar la solicitud?

En relación con el rechazo de quien pretende presentar una solicitud de asilo en la frontera, es necesario advertir que la Declaración de la AGNU sobre asilo territorial prohíbe que se rechace en la frontera al solicitante de asilo (art. 3.1). Respecto de la segunda de las actitudes señalada (interceptación en aguas internacionales y devolución) es necesario tener en cuenta que el ACNUR ha afirmado que estas actuaciones suponen una infracción del principio de non refoulement tal y como ha sido y es generalmente aplicado y que, además, se trata de una actuación que olvida la necesidad de efectuar una interpretación extensiva y generosa de los convenios de carácter humanitario. Junto a ello estas prácticas suponen una violación flagrante del derecho a solicitar asilo y a la presentación de la solicitud al que ya se ha hecho referencia.

CONCLUSIÓN

Lo deseos de combatir la inmigración de carácter económico y las políticas a su servicio están provocando retrocesos del valor de solidaridad del que tan necesitada se encuentra la sociedad internacional.

Sus consecuencias trascienden el ámbito de las políticas de inmigración. La permeabilidad de sus contornos está provocando efectos en otros ámbitos, en particular en la política de asilo y, concretamente, en relación con el derecho a solicitar asilo que se ve limitado o, incluso, vulnerado. Una tendencia que se ha instalado en la UE y sus Estados miembros y que permite comprobar como la contradicción y pugna existente en estos momentos entre la seguridad y la solidaridad se está decantando a favor de la primera.

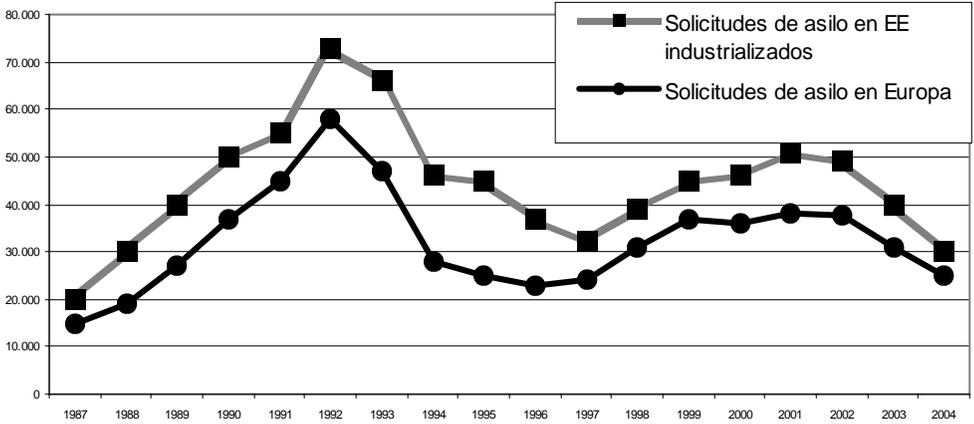
El derecho de los Estados a regular la entrada de los extranjeros en su territorio y la lucha contra la inmigración irregular no debería desnaturalizar el asilo ni modificar su carácter humanitario y la solidaridad que la protección frente al desamparo guiaba en otros tiempos a su concesión.

La valoración de este proceso de cambio puede efectuarse desde diferentes ópticas, pero como iusinternacionalistas nuestro juicio debe estar guiado por la conformidad de estas actuaciones con el Derecho Internacional. Desde esta perspectiva el dictamen evidencia incompatibilidades y contradicciones. Una situación que invita a la reflexión y, en su caso, a la denuncia con la finalidad de evitar que estas prácticas terminen, de ser aceptadas universalmente, convirtiéndose en norma.

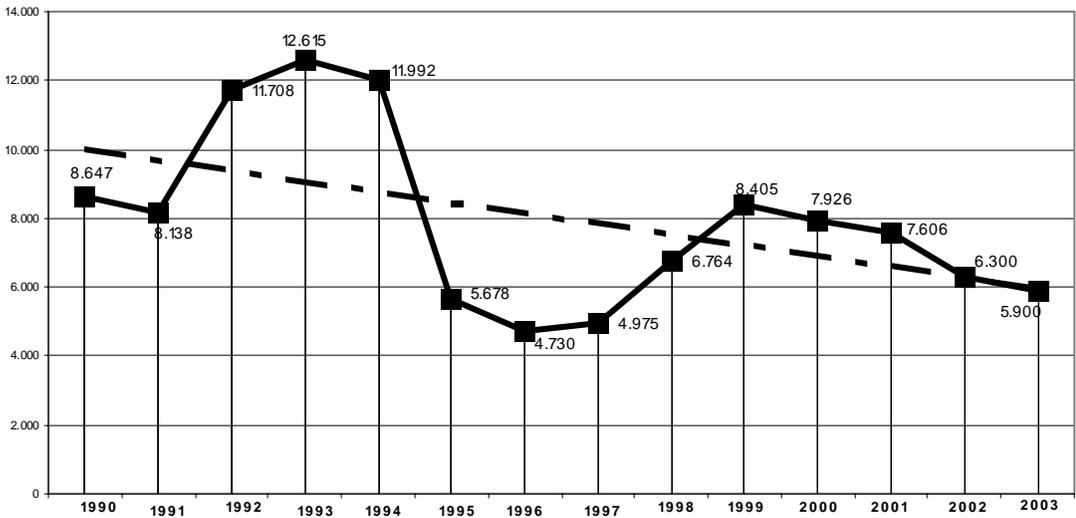
(Fecha de cierre: diciembre 2004)

GRÁFICOS

Solicitudes de asilo en países industrializados y Europa



Solicitantes de asilo en España (1990-2003)



Resolución solicitudes de asilo en España (2000-2003)

