

LA DESPROTECCIÓN DEL REFUGIADO O  
DE LA EUROPA INSOLIDARIA

---

PROF.<sup>a</sup> NURIA DE LA CINTA ARENAS HIDALGO  
*Universidad de Huelva*



*Quisiera dedicar mi artículo a Semira Adamu,  
joven nigeriana de 20 años solicitante de asilo en Bélgica  
que murió el pasado 24 de septiembre cuando los policías  
que la custodiaban en su viaje de deportación hasta Togo  
le taparon la cara con dos almohadillas,  
técnica legal en este país,  
para acallar sus gritos. Al poco tiempo entraba en coma.  
Al día siguiente, Bélgica suspendió la deportación  
de 15.000 solicitantes de asilo.*

## INTRODUCCIÓN

Las terribles heridas que produjo la Segunda Guerra Mundial con pérdidas tanto materiales como humanas, con miles de millones de muertos y la huella imborrable de la violación de derechos humanos, impulsaron a la comunidad internacional de la postguerra a una “verdadera cruzada por los derechos humanos”<sup>1</sup>. El clima de consenso más allá de las discrepancias ideológicas, condujo a la firma, el 26 de junio de 1945, de la Carta de las Naciones Unidas. En su preámbulo y en sus artículos preliminares se puso de relieve la vinculación imprescindible entre la paz y el respeto efectivo de todos los derechos fundamentales en todas las naciones del mundo. Con ese impulso nació

1. CASSIN, R. “La Declaration universelle et la mise en oeuvre des droits de l’homme”, en *Recueils des Cours, Académie de droit international de la Haye*, 1950, (II), pág. 241.

en París el 10 de diciembre de 1948, la *Declaración Universal de Derechos Humanos*<sup>2</sup>, que aun teniendo el carácter de recomendación ha ganado una excepcional fuerza vinculante, fructificando su espíritu en los Pactos Internacionales de 16 de diciembre de 1966 y en multitud de Declaraciones y Convenios específicos como impresionante “armada de la paz”<sup>3</sup>.

Dentro de su articulado vamos a fijar nuestra atención en el derecho de asilo, artículo 14 de la Declaración Universal.

El “asilo”, palabra de origen griego que significa “sin captura, sin violencia, sin devastación”, se refería a aquellas zonas protegidas donde no podía ejercerse persecución<sup>4</sup>. A lo largo de la historia encontramos todo tipo de ejemplos de estas prácticas que trataban de proteger a los individuos y pueblos que huían de la opresión y que hoy día podemos definir como “la protección que presta un Estado dentro de su territorio a aquellas personas no nacionales suyas que son perseguidas por motivos políticos o ideológicos por las autoridades de otro Estado”<sup>5</sup>.

El asilo encuentra su plasmación como derecho humano en la *Declaración Universal de Derechos Humanos* de 1948. Sin embargo se consagra como derecho de la persona sin la correspondiente atribución de un deber para ningún Estado en particular. Otorgar asilo es una de las competencias soberanas del Estado y así se estipula en la *Declaración sobre el Asilo Territorial* de la Asamblea General, de 1967.

2. Resolución de la Asamblea General 217(III), de 10 de diciembre de 1948, preparada por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Es el primer documento relativo a los derechos humanos elaborado por una Organización internacional universal. CARRILLO SALCEDO, J. A. *Soberanía de los Estados y derechos humanos en derecho internacional contemporáneo*, Edit. Tecnos, Madrid, 1996, págs: 37-38.

3. RUIZ JIMÉNEZ, J. *Los derechos humanos un compromiso de todos*, UNESCO, Comisión Nacional de España, Madrid, 1988.

4. VILLALPANDO, W. “El asilo en la historia”, *ACNUR, un instrumento de paz*, INSERSO y Comité español del ACNUR, Madrid, 1996, pág. 10.

5. RUIZ COLOMÉ, M.A. *Enciclopedia Jurídica Básica*, Edit. Civitas, pág. 594.

Posteriores intentos de transformar el derecho de asilo de prerrogativa del Estado en derecho del perseguido no fructificaron, ni siquiera se consigue una regulación convencional de tal derecho.

La Declaración Universal inspira a las legislaciones de los Estados miembros y el derecho de asilo aparece como tal en sus normas fundamentales. Así aparece en la Constitución española, en el artículo 13.4. Cuyo desarrollo legislativo posterior vino a realizar la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y el estatuto del refugiado, donde se distinguen dos regímenes diferentes, uno para solicitantes de asilo y otro para refugiados.

Este tipo de regulación era lo habitual hasta hace relativamente poco tiempo. La normativa de 1984 fue recientemente modificada por la Ley 9/1994, de 5 de mayo, por la cual se establece una asimilación de regímenes. De esta forma, el artículo 1 establece que son considerados solicitantes de asilo aquellos que cumplan con los requisitos del artículo 1.A.2 de la Convención de Ginebra de 1951. Esta asimilación, fruto de las iniciativas en la materia en el ámbito europeo, va a provocar consecuencias importantísimas en la clásica institución del asilo. Por una parte por el concepto que se emplea, y por otra por el carácter de las medidas sobre asilo adoptadas en el marco comunitario.

El Derecho internacional de los refugiados que nace con la Sociedad de Naciones, para otorgar protección a los colectivos que huían de los conflictos armados, desamparados de sus propios países, llega a su culminación con el Convenio de Ginebra de 1951, relativo al Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de 1967. En su artículo 1.A.2 contemplamos un concepto nuevo, un criterio objetivo. En este convenio tampoco se adopta un derecho que garantice el asilo pero suponía importantes límites a la soberanía de los Estados al estipular en el artículo 33 la prohibición del rechazo al refugiado a un Estado en el cual su vida o libertad fuera amenazada en función de la raza, religión, nacionalidad, grupo social u opiniones políticas. El princi-

pio de *non refoulement*, hoy día considerado norma de derecho consuetudinario.

Pero el mundo ha cambiado mucho desde 1951, la descomposición de Estados, los conflictos armados, la violencia generalizada, han provocado desde entonces el éxodo de personas que huyen en masa no ya de una persecución concreta en razón de su raza o nacionalidad sino que huyen de las consecuencias de las guerras, de las matanzas y violación generalizada de derechos fundamentales. Estos colectivos no encajan en una estricta interpretación del concepto de refugiado del Convenio de 1951. Ni qué decir sobre aquellas personas que ni siquiera han podido cruzar una frontera internacional en busca de protección, aquellos llamados desplazados internos. Las personas desplazadas encajarían en una interpretación flexible del concepto de Ginebra, sin embargo, los países reaccionan ampliando el mandato dado al ACNUR en este campo, que año tras año, dedica sus esfuerzos a nuevos colectivos de desplazados, llegando a ocuparse también de los desplazados internos. Pero hacían falta iniciativas convencionales, y estas sólo se dan en el continente africano, con la Convención de la OUA de 1969 sobre los aspectos específicos de los problemas de los refugiados en África y en América Latina a través de la Declaración de Cartagena sobre refugiados de 1984, que a pesar de no ser un texto vinculante está siendo aplicado en la práctica por los Estados. Pero, ¿Y en Europa?

En Europa se inicia la andadura normativa sobre asilo en el marco de la libre circulación de personas que estipulaba el mercado interior único, en un contexto marcado por la caída de los regímenes socialistas, la recesión económica, aumento de los niveles de parados, y el espectacular aumento de las solicitudes de asilo. Se hacían necesarias soluciones colectivas.

Pero tanto las medidas adoptadas en el marco de la cooperación intergubernamental, con los Convenios de Schengen y de Dublín, así como las Resoluciones del Grupo Ad Hoc Inmigración, proponen medidas excesivamente restrictivas de cara a un ejercicio del derecho de asilo,

lo mismo podemos decir de las resoluciones de los Ministros de Justicia e Interior en el marco del Tratado de la Unión Europea, la Posición común sobre un aspecto armonizado del concepto de asilo es reveladora en ese sentido.

En Europa se está adoptando un concepto restrictivo de refugiado, que a su vez disminuye las posibilidades del asilo en Europa. Se está procediendo a un vaciado del contenido de la propia Declaración Universal de Derechos Humanos, siendo el conjunto de los países europeo-occidentales, el grupo de países más ricos de la tierra y por lo tanto los que tienen mayor responsabilidad política y financiera en la solución de los problemas de los refugiados.

## 1. EL DERECHO A BUSCAR ASILO COMO DERECHO HUMANO Y GRACIA DEL ESTADO

Desde tiempo inmemorial el poder soberano, bajo una u otras formas de organización política, ha desarrollado la gracia de conceder asilo a los extranjeros que solicitan su amparo pero las iniciativas para transformar el asilo de prerrogativa del Estado en derecho del perseguido no han prosperado en Derecho internacional<sup>6</sup>.

Dentro de los derechos que garantizan la seguridad de las personas<sup>7</sup>, el artículo 14 de la Declaración afirma:

“En caso de persecución toda persona tiene *derecho a buscar asilo y a disfrutar de él* en cualquier país. Este derecho no podrá ser invocado contra una acción judicial originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas”<sup>8</sup>.

6. REMIRO BROTONS, A. *Derecho internacional*, Mac Graw Hill, 1997, pág. 1011.

7. Según una clasificación de los derechos recogidos en la Declaración Universal hecha por el profesor CARRILLO SALCEDO, J.A., *Soberanía de los Estados...*, op. cit., pág. 39.

8. Lo resaltado en cursiva es mío.

Del texto resultan claros dos elementos: la proclamación del asilo como “derecho humano” y el hecho de que se trata de un derecho que corresponde a la persona humana sin la correspondiente atribución de un deber para ningún Estado en particular.<sup>9</sup> La concesión del asilo se considera una facultad de los Estados en ejercicio de su soberanía territorial, no hay un derecho subjetivo al asilo.

Cuando se está preparando la Declaración Universal, la redacción del artículo 14 plantea un verdadero enfrentamiento. De hecho, el texto original de la Declaración Universal de 1948 se refiere expresamente al “derecho a obtener asilo”, pero la terrible oposición de algunos países, especialmente el Reino Unido, hizo que la redacción final recogiera tan sólo el “derecho a buscar y disfrutar” del asilo<sup>10</sup>. Lamentablemente, un país europeo ejemplo de insolidaridad en la protección jurídica de los más débiles. Resulta un tanto desalentador que una Declaración que pretendía ser la expresión de “un ideal común en materia de derechos humanos” se contentase con plasmar el concepto tradicional según el cual el Estado se reserva el derecho a garantizar el asilo. Como dice el profesor CREPEAU hubiéramos preferido un ideal más elevado, el derecho de toda persona perseguida a obtener asilo<sup>11</sup>.

Aunque la mayoría de los derechos enunciados en la Declaración fueron posteriormente confirmados en posteriores textos de carácter obligatorio, el derecho de asilo permanece olvidado y no parece que de forma accidental<sup>12</sup>.

9. RODRÍGUEZ CARRIÓN, A., *Lecciones de Derecho internacional público*, Madrid, Tecnos, 1994, pág. 375.

10. AGA KHAN, S. “Legal problems relating refugees and displaced persons”, en *Recueils des Cours, Académie internationale de la Haye*, 149, 1976, I, pág. 317. GOODWIN GILL, G.S., comenta que en el transcurso de las negociaciones también fue rechazada una propuesta francesa sobre la posibilidad de que se autorizara a Naciones Unidas a asegurar el asilo. *The Refugee in international Law*, Second edition, Clarendon Press, London, 1996, pág. 175.

11. CREPEAU, F., *Droit d'asile: de l'hospitalité aux controles migratoires*, Edition Bruylant, Editions de l'Université de Bruxelles, 1995, pág. 141.

12. TOMUSCHAT, CH., “A right to asylum in Europe”, *Human Right Law Journal*, vol. 13, 1992, pág. 258.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, firmado en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, que podía haber desarrollado este derecho ni siquiera lo menciona. Aunque se hacen propuestas en este sentido, no se llega a un acuerdo sobre qué personas deben beneficiarse de dicho derecho de asilo. Las diferencias entre el Este y el Oeste se hacían insalvables y obstaculizaron el desarrollo de la Declaración Universal tal y como fue pensado en 1948.

Por tanto, junto a la Declaración Universal, el único texto de alcance universal relativo al asilo es la Declaración sobre Asilo Territorial de 1967.<sup>13</sup> Aprobada por unanimidad en la Asamblea General de las Naciones Unidas, tampoco estipula que el derecho de asilo exista como derecho individual.

En su artículo 1.1 se establece que toda persona perseguida tiene derecho a buscar asilo pero que el derecho de asilo es un derecho del Estado “en ejercicio de su soberanía”. El asilo no supondrá limitación alguna a la soberanía territorial sino, por el contrario, un ejercicio de la misma<sup>14</sup>. Así lo advirtió también la CIJ en el asunto del *Derecho de Asilo*<sup>15</sup>.

Así las cosas, salvo el principio de que ninguna persona podrá ser rechazada en frontera y expulsada o devuelta al país de que es objeto de persecución (principio de *non refoulement* proclamado también en la Declaración sobre el Asilo Territorial), no existe ninguna regla convencional en la materia<sup>16</sup>.

13. Resolución 2312 (XXII) de 14 de diciembre de 1967.

14. Su otorgamiento habrá de ser respetado por el resto de Estados incluido el Estado de la nacionalidad o de procedencia del solicitante de asilo. Puesto que es un derecho del Estado a él compete regular las condiciones de su concesión y otras cuestiones conexas (art. 1.3). PASTOR RIDRUEJO, J.A., *Curso de Derecho internacional público y Organizaciones internacionales*, Madrid, Tecnos, 1996, pág. 261.

15. CIJ, *Recueil*, 1950.

16. CARRILLO SALCEDO, J.A., *Curso de Derecho internacional público*, Madrid, Tecnos, 1994, pág. 266.

Efectivamente, tras la Declaración de 1967, se insiste en la necesidad de regular convencionalmente la institución del asilo, se pensaba en superar la Convención de Ginebra de 1951 que tampoco garantizaba un derecho de asilo, pero no se consigue<sup>17</sup>.

Por todo ello, hoy se mantiene que no existe ninguna norma de Derecho internacional que imponga a los Estados la obligación de otorgar asilo<sup>18</sup>. Dicha facultad es obvia consecuencia de la soberanía territorial de los Estados, plena y exclusiva.

La debilidad de la regulación internacional general del llamado derecho de asilo es evidente. Su concesión o denegación es un acto graciable de la autoridad local.

Debe recorrerse un largo camino todavía desde el derecho a “buscar asilo” hasta el “derecho de asilo”, entendido como un derecho del perseguido amparado por una norma internacional general a obtenerlo allí donde se solicite, sobre todo, como veremos, teniendo en cuenta los tiempos que corren.

La Declaración Universal y la Declaración sobre Asilo Territorial han encontrado su traducción en las legislacio-

17. La Asamblea General convoca la Conferencia que se reúne en Ginebra en 1977, pero no consigue adoptar ningún texto. De los 10 artículos propuestos, sólo 3 fueron debatidos y votados. BRANDL, J. “Soft Law as a source of international and european refugee law”, *Europe and Refugees: a challenge?*, Kluwer Law International, The Hague, 1997, pág. 212. En opinión del profesor Remiro Brotons, el fracaso no se debió a los proyectos discutidos que no hacían más que recoger la práctica moderada e incluso restrictivamente. La explicación puede encontrarse en la preferencia de estos por la desregularización, esto es, por conservar en este punto la más amplia libertad de acción. REMIRO BROTONS, A. *Derecho internacional*, *op. cit.*, pág. 1011.

18. Entre las propuestas regionales, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 22 de noviembre de 1969, en su artículo 22.7 reconoce el derecho de toda persona humana a buscar y recibir asilo en territorio extranjero. En cambio la Convención Europea de Derechos Humanos no recoge el derecho de asilo. Además, la Recomendación de 1961 que trataba de incluir un artículo sobre asilo en el CEDH tampoco establecía una obligación de otorgarlo, al igual que la DUDH. GORTAZAR ROTACHE, C., *Derecho de asilo y “no rechazo” del refugiado*, Universidad Pontificia de Comillas, Dickinson, 1997, pág. 213.

nes internas. Así, la Constitución española en su artículo 13.4 declara que,

“La Ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España.”

Esta remisión a la ley se hizo realidad con la promulgación en 1984 de la Ley 5/1984 de 26 de marzo<sup>19</sup>, reguladora del derecho de asilo y de la condición del refugiado. Como vemos dedicaba dos regímenes distintos para cada figura, uno para los solicitantes de asilo y otro para los refugiados.

Sin embargo, recientemente, se ha procedido a modificar parcialmente esta Ley. De acuerdo con las iniciativas europeas en la materia, la ley española tras la modificación introducida por la Ley 9/1994, de 5 de mayo se suprime la doble figura de asilo y refugio. La reforma configura al asilo como

“la protección dispensada por España a aquel extranjero a quien se reconozca la condición de *refugiado* de acuerdo con la Convención de Ginebra de 1951”

Esta asimilación de regímenes va a tener consecuencias importantísimas para la tradicional institución del asilo. Para saber qué se entiende ahora por asilado hemos de proceder a recordar en qué consistía el concepto de refugiado.

## 2. EL CONCEPTO DE REFUGIADO DEL CONVENIO DE GINEBRA DE 1951 Y SU PROTOCOLO ADICIONAL DE 1967. RAZONES PARA LA INSATISFACCIÓN

Las exigencias humanitarias y de solidaridad internacional llevaron a la adopción de un régimen específico para la protección de los refugiados<sup>20</sup>. Iniciado tras la Primera

19. BOE, nº: 74, de 27 de marzo de 1984.

20. CARRILLO SALCEDO, J.A. *Curso de Derecho internacional público*, op. cit., pág. 266.

Guerra Mundial<sup>21</sup>, se encuentra en el Estatuto del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados<sup>22</sup>, el

21. La comunidad internacional se sintió forzada a estudiar el problema de los refugiados sobre todo en Europa, de uno a tres millones de refugiados huyen del territorio ruso entre 1918 y 1922, desplazamientos de población provocados por la Revolución soviética. La Sociedad de Naciones decide nombrar un Alto Comisionado para los refugiados (el Dr. Fridtjof NANSEN) y posteriormente se suceden distintos acuerdos internacionales de alcance territorial limitados que pretenden solventar las consecuencias de acontecimientos determinados, facilitar certificados de identidad, documentos de viaje, etc. En estos momentos no hay refugiados en general sino refugiados rusos, armenios, sirios, turcos, alemanes, austríacos etc. Ninguna de estas definiciones analizaba los motivos por los que el refugiado había abandonado su país de origen, protegían a las víctimas directas de la 1ª Guerra Mundial por su falta de protección estatal. Esto cambiaría tras la 2ª Guerra Mundial.

22. Antes de la firma de la Carta de Naciones Unidas, la creación de una organización para los refugiados ya había sido tratada en los trabajos preparatorios. El 1 de julio de 1947 asume las funciones del Alto Comisionado de la Sociedad de Naciones, el CIR (Comité intergubernamental para los refugiados) y el UNRRA (creada para coordinar la repatriación de los nacionales de los distintos Estados dispersos durante la 2ª guerra mundial) la OIR, la Organización internacional para los refugiados. Concebido como un organismo especializado no permanente, a partir de 1948 los Estados empiezan a ver problemas y a plantearse su sustitución. El OIR no lograba acabar definitivamente con el problema de los refugiados, sus gastos eran excesivos y estaban apareciendo nuevos refugiados sobre todo de la Europa oriental a los que había que dar respuesta. Había recibido un escaso apoyo pues sólo adquirieron la condición de partes 17 de los 54 miembros de la ONU y Suiza. Era necesaria una nueva institución que estuviera encargada de la protección a los refugiados. Las discusiones se desarrollaron en una atmósfera de guerra fría, que enfrentó incluso a países del mismo grupo político. No se ponían de acuerdo en los siguientes temas : los informes al secretario General, el método de designación del Alto Comisionado, la duración de su mandato, los grupos de refugiados que tendría bajo su competencia, etc. El 3 de diciembre de 1949, la Asamblea General aprueba la Resolución 319 (IV) por la cual decide la creación a partir del 1 de enero de 1951, de un Alto Comisionado para los refugiados. El 14 de diciembre de 1950, mediante la Resolución 428 (V), la Asamblea General adopta el Estatuto del Alto Comisionado, con base jurídica en el artículo 22 de la Carta e invita a los gobiernos a cooperar con él. El Alto Comisionado asume funciones de protección internacional y de búsqueda de soluciones permanentes al problema de los refugiados. Su actividad no tiene carácter político, sino que es humanitaria y social. Está subordinado al ECOSOC y a la Asamblea General. La duración inicial de sus actividades se fijó en tres años

## Convenio de Ginebra de 1951 relativo al Estatuto de los Refugiados y el Protocolo Adicional de 1967<sup>23</sup>.

pasados los cuales se cambió por cinco años, desde entonces se sigue renovando, en última ocasión hasta el 31 de diciembre de 1998. Ver: JAEGER, G. "Les Nations Unies et les réfugiés", *Revue belge de droit international*, vol. XXII, 1989, págs: 49-52.

23. Los orígenes del Convenio podemos encuadrarlos en el período 1947-1950, bastante fructífero en lo que se refiere a la puesta en marcha del sistema institucional de las Naciones Unidas. El ECOSOC, tras un informe de la Comisión de Derechos Humanos, en su resolución 116 (VI) D de 1 y 2 de marzo de 1948, había invitado al Secretario General a estudiar la situación de los apátridas y la posibilidad de adoptar una nueva convención al respecto. Así surge *Un Estudio sobre la apatridia*, capital para la obra de Naciones Unidas sobre refugiados. En estos momentos los Convenios sobre refugiados son los de 1933 y 1938, este último completado por un Protocolo adicional de 14 de septiembre de 1939. Como vimos, estos instrumentos se aplicaban a grupos determinados de refugiados, por lo que no incluía a las nuevas categorías que estaban surgiendo. El estudio sobre la apatridia concluyó en la necesidad de un nuevo Convenio de carácter universal. Por resolución 248 (IX) B de 8 de agosto de 1949, el ECOSOC nombra un Comité especial para los refugiados y los apátridas, compuesto por representantes de 13 gobiernos, con el fin de elaborar el convenio. La resolución 319 (XI) B de 16 de agosto de 1950 pide al Comité revisar el texto y someter a la Asamblea General un proyecto de preámbulo y de definición del término refugiado. Esta definición se refirió a los acontecimientos ocurridos en Europa antes del 1 de enero de 1951. El mismo día que aprueba el estatuto del ACNUR, aprueba la Resolución 429 (V) sobre el proyecto del Convenio, para el que se convoca en Ginebra una Conferencia de Plenipotenciarios. La Asamblea recomienda tener en cuenta, principalmente, el proyecto de definición que se adjuntaba (bastante próximo al adoptado en julio de 1951 pero sin limitaciones geográficas). Se reunieron en Ginebra, del 2 al 25 de julio de 1951, 17 Estados de Europa, 6 americanos, 4 de Asia, 1 africano y 1 por Oceanía (la descolonización no había comenzado), en concreto: Australia, Austria, Bélgica, Brasil, Canadá, Colombia, Dinamarca, Egipto, EU, Francia, Grecia, Ciudad del Vaticano, Irak, Israel, Italia, Luxemburgo, Mónaco, Noruega, Países Bajos, Reino Unido, República Federal Alemana, Suecia, Suiza (cuya delegación representaba también a Liechtenstein), Turquía, Venezuela y Yugoslavia. Cuba e Irán envían observadores. Más dos organismos especializados de Naciones Unidas, OIT y OIR y 29 ONGs, dando forma a lo que se llamaría "Carta Magna" de los refugiados. Ver: JAEGER, G. "Les Nations Unies et..." *op. cit.*, pp.71-73 y CREPEAU, F. *Droit d'asile: de l'hospitalité...*, *op. cit.*, pág.85. La Conferencia tenía también encomendado estudiar un protocolo relativo a los apátridas pero no tuvo tiempo suficiente para ello, lo cual se pospuso para septiembre de 1954, una Conferencia de plenipotenciarios se reunió

Se define en su artículo 1,A el término “refugiado” de este modo:

“A los efectos de la presente convención, el término “refugiado” se aplicará a toda persona:

1 Que haya sido considerada como refugiada en virtud de los arreglos del 12 de mayo de 1926 y del 30 de junio de 1928, o de las convenciones de 28 de octubre de 1933 y del 10 de febrero de 1938, del protocolo de 14 de septiembre de 1939 o de la Constitución de la Organización Internacional de Refugiados ; (...)

2 Que, como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1 de enero de 1951 y debido a fundado temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país ; o que, careciendo de tal nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él (...)”

Esta categoría objetiva de refugiado es la universalmente aceptada, constituyendo una norma convencional de carácter general<sup>24</sup>.

---

en Nueva York y adoptó la Convención relativa al estatuto de los apátridas de 28 de septiembre de 1954. Ver : WEISS, P., “Le concept de réfugié en droit international”, *Journal de droit international*, vol. 87, nº 4, 1960, pág. 939. Debe mencionarse también la adopción en la Haya el 23 de noviembre de 1957 de la Convención relativa al Refugio de hombres de la mar, la cual quiere completar la Convención de Ginebra de 1951 en lo relativo al espinoso problema planteado por quienes son refugiados según esta y trabajan como marineros. La Convención de 1957 formula con criterios precisos las obligaciones de las Partes Contratantes, especialmente, qué Estado debe otorgar al refugiado el documento de viaje previsto por la Convención de Ginebra (art. 28), título que permite entrar en el país que lo ha extendido. GORTAZAR ROTACHE, C. *Derecho de asilo...*, op. cit., pág. 106.

24. En la actualidad son Partes en este Convenio 127 Estados y 128 en el Protocolo (los de la Convención con las excepciones de Madagascar, Mónaco, San Vicente y Granadinas y con las adiciones de Cabo Verde, EEUU, Swazilandia y Venezuela). REMIRO BROTONS, A., *Derecho Internacional*, op. cit., pág. 1009.

Desde luego, supone un progreso considerable en cuanto a los Convenios de 1933, 1938 y 1939, ya que recoge una definición general del término refugiado y no una referida a sucesos específicos, además por la ampliación del campo de derechos cubiertos, en los criterios de tratamiento de los refugiados, el número de Estados contratantes, las responsabilidades del ACNUR en su aplicación,...

Sin embargo, el indicado artículo 1 incluía también estas dos limitaciones aplicables al ámbito del concepto previamente definido : i) Ser referido a acontecimientos que hubieran tenido lugar antes del 1 de enero de 1951 y ii) Que tales acontecimientos pudieran ser referidos a acontecimientos producidos solamente en Europa<sup>25</sup>.

Estos límites fueron luego suprimidos por el Protocolo de 1967<sup>26</sup> sobre el Estatuto de los Refugiados.

25. El párrafo B del propio artículo 1 establece : "A los fines de la presente convención, las palabras "acontecimientos ocurridos antes del 1 de enero de 1951"...podrán entenderse como : a) acontecimientos ocurridos antes del 1 de enero de 1951 en Europa, o como b) acontecimientos ocurridos antes del 1 de enero de 1951, en Europa o en otro lugar ; y cada Estado contratante formulará en el momento de la firma, de la ratificación o de la adhesión, una declaración en que precise el alcance que desea dar a esa expresión ...2) Todo Estado contratante que haya adoptado la fórmula a) podrá en cualquier momento extender sus obligaciones, mediante la adopción de la fórmula b) (...)." La Convención fue frecuentemente criticada por esta parcialidad, pero según el profesor GOODWIN GILL no parecía haber otra posibilidad en 1951. Así, nos indica en su libro como Mr. ROCHEFORD, el representante francés en la Conferencia, llamó la atención sobre cómo a pesar de que se enviaron más de 80 invitaciones la Conferencia parecía no ser más que una tímida ampliación del Consejo de Europa. Sólo una pequeña fracción de los 41 Estados que habían votado a favor del artículo 1 en la Asamblea General habían mostrado su deseo de acudir a Ginebra a firmar la Convención y casi todos eran europeos. El sistema de protección generalizado había fallado porque los países no europeos estaban ausentes y porque los países de inmigración no tenían posibilidad de dar a los refugiados en general y a los europeos en particular un verdadero estatus internacional. GOODWIN-GILL, G.S., *The Refugee in International Law*, *op. cit.*, pág.19.

26. Al comienzo de los años sesenta, la fecha límite del 1 de enero de 1950 y la limitación geográfica no tenían mucho sentido. Los problemas de los refugiados aparecen y se multiplicaban rápidamente en otros continentes, especialmente en África. Estos nuevos refugiados estaban

De esta forma el refugiado según el Convenio y su Protocolo cuenta con cuatro elementos característicos<sup>27</sup> :

1. Están fuera de su país de origen (ser extranjero o apátrida)
2. No pueden o no quieren acogerse a la protección de tal país o volver a el (ausencia de protección estatal)
3. Esta incapacidad o falta de voluntad es debida a tener fundados temores de ser perseguido. (auténtico riesgo, "genuine risk", "well founded fear")
4. La persecución está basada en motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas

Como vimos el asilo era la institución arraigada en la soberanía de los Estados, según la cual los Estados otorgan su protección a los extranjeros o apátridas en las circunstancias y con los requisitos que ellos determinan. El refugio, en cambio, pretende ser una categoría objetiva derivada de los convenios internacionales en la materia<sup>28</sup>, que ostentan cuantos individuos reúnan las condiciones estipuladas por dichos convenios y que debe reconocer todo

---

siendo asistidos por el ACNUR pero los Estados no tenían ninguna obligación al respecto. Respondiendo a las preocupaciones de los Estados miembros del Comité ejecutivo, el ACNUR organiza el Coloquio de Bellagio. El texto de un protocolo fue revisado y enmendado, dando paso, a continuación, a su adhesión por parte de los Estados. Ver: JAEGER, G. "Les Nations Unies et ..." *op. cit.*, pág.79. Uno de los aspectos más positivos del Protocolo lo constituyó su apertura a la participación general de los Estados aunque no fueran parte en la Convención de 1951. REMIRO BROTONS, A., *Derecho Internacional*, op. cit., pág. 1009.

De acuerdo con el artículo 1 del indicado Protocolo, la definición de "refugiado" aplicable será la del convenio de 1951, pero de ella serán omitidas las palabras "como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1 de enero de 1951 y las palabras "a consecuencia de tales acontecimientos". Además el Protocolo "será aplicado por los Estados Partes en el mismo sin ninguna limitación geográfica".

27. HATHAWAY, J.C. "The Evolution of Refugee Status in International Law" *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 33, 1984, págs: 19-20.

28. GALINSOGA JORDÁ, A., "El estatuto del refugiado en Derecho internacional contemporáneo", *Refugiados: Derecho y Solidaridad*, ACNUR, Consejo General del Poder Judicial, Universidad de Sevilla, Edit. Universidad de Sevilla, Sevilla, 1994, pág. 47.

Estado Parte en los mismos. El reconocimiento de dicho estatuto no conlleva la obligación internacional de asilar, otorgando protección plena y permanente, sino que los Estados están obligados a no devolver al solicitante de asilo al país perseguidor (principio de *non refoulement*) y a un mínimo de derechos<sup>29</sup>.

El refugio se “reconoce” mientras que el asilo se “otorga o concede”.

Sin embargo, en un análisis del concepto de 1951, vemos que es una definición muy concreta. Según el texto ginebrino, los beneficiarios del mismo deben tener fundados temores de ser perseguidos por las razones “taxativamente enumeradas”. Como se ha repetido en numerosas ocasiones, el concepto supone la suma de dos elementos, por una parte, implica un elemento subjetivo como es el “temor” y por otra uno objetivo: el temor “fundado” en razón de la raza, la religión, la nacionalidad, la pertenencia a un grupo social y las opiniones políticas<sup>30</sup>.

Evidentemente, esta definición no cubre todas las circunstancias de refugio. La multiplicación de los conflictos, la desintegración de Estados y la violencia generalizada en multitud de países, en los últimos años han provocado grandes desplazamientos de personas que huyen del caos y de la inseguridad que provocan las guerras, y no de una persecución concreta en función de las causas antes examinadas, por lo que no encajan en los parámetros del concepto acuñado en Ginebra.

El concepto de refugiado que recoge la Convención de 1951 resulta hoy día, demasiado restringido dadas las circunstancias en las que se debe ejercer la protección internacional de aquellos colectivos cuyas vidas o libertad se encuentran amenazadas. Ni que decir sobre aquellas personas que ni siquiera han podido atravesar en su huida una frontera internacional convirtiéndose en personas desplazadas internas.

29. GORTAZAR ROTAECHE, C., *Derecho de asilo...*, op. cit., pág. 81.

30. CREPEAU, F. *Droit d'asile : de l'hospitalité ...*” op. cit., págs: 78-79.

En julio de 1951, los representantes de los Estados se dan cuenta de lo limitada que es la definición y en el Acta final de la Conferencia incluyen la Recomendación IV E, en la que expresan la esperanza de que el Convenio tenga un valor de ejemplo, y que todos los Estados concedan, en la medida de lo posible, a las personas que se encuentran en su territorio como refugiados y que no estarían cubiertos por las disposiciones del Convenio, el tratamiento previsto por este<sup>31</sup>.

El carácter restrictivo de la definición, en verdad, no es obstáculo para una política liberal si es el deseo del Estado<sup>32</sup>.

El propio Comité Ejecutivo del ACNUR, en su Conclusión 39 (XXXVI) formulada en octubre de 1985, reconocía a los Estados, que en el ejercicio de su soberanía, eran libres de adoptar una interpretación más amplia del artículo 1.A.2. También la Resolución 33/165 de la Asamblea General de 20 de diciembre de 1978.

Un concepto más amplio de refugiado, teniendo en cuenta el entorno violento que justifica la huida, ha encon-

31. Esta recomendación ha sido usada en multitud de ocasiones, principalmente cuando la cualidad de refugiado no podía ser reconocida por razones formales. En Bélgica, por ejemplo, durante los años 1962-1968, antes de la entrada en vigor del Protocolo de 1967, reconocían la cualidad de refugiado a los africanos que habían devenido refugiados por acontecimientos posteriores al 1 de enero de 1951. El título de viaje de la Convención que ellos obtenían llevaba un sello con la "Recomendación E". JAEGER, G. "Les Nations Unies et ..." *op. cit.*, pág. 74.

32. Siguiendo la interpretación del profesor HATHAWAY una persona será refugiada según la Convención de Ginebra, "only if she or he faces the genuine risk of serious harm, logically defined by an increasing number of States in relation to the core entitlement of international human right law. The basis of protection is the severity of the risk to human dignity..." "significant number of persons who flee such tragedies (war, environmental disaster) are Convention refugees...the central question is the gravity of harm feared". Y en cuanto a las personas desplazadas internas, aunque reconoce que requieren soluciones distintas a los refugiados, "their exclusion from the Convention refugee definition is said to be unfair, and to argue against the ethical value of the definition". HATHAWAY, J.C., "Is Refugee Status Really Elitist? An Answer to the Ethical Challenge", *Europe and Refugees, a Challenge?*, Kluwer Law International, The Hague, 1997, págs: 81-87.

trado su plasmación a nivel internacional en las sucesivas ampliaciones del mandato de ACNUR por la Asamblea General de Naciones Unidas. Y a escala regional, con la Convención para los refugiados de la Organización para la Unidad Africana de 1969<sup>33</sup> y la Declaración de Cartagena de 1984<sup>34</sup> en América Latina que a pesar de no ser una norma convencional obligatoria, la práctica y la *opinio iuris* de los Estados nos confirman que se ha convertido en una norma consuetudinaria de carácter regional<sup>35</sup>.

En palabras del profesor CARRILLO SALCEDO, las condiciones de las personas desprotegidas y desarraigadas en la actualidad, son mucho más grave y más extendida que la existente en 1951, por lo que ni el Convenio de Ginebra ni su protocolo Adicional son hoy satisfactorios<sup>36</sup>. Necesitamos de una interpretación flexible del concepto o de instrumentos regionales protectores.

En este sentido, qué hace Europa de cara a este problema, a parte de cerrar sus fronteras.

33. Así, en la definición de refugiado que figura en la Convención de Addis Abeba hay un primer párrafo dedicado a la definición universal del Convenio de 1951 y un segundo párrafo en el que se añaden nuevas categorías de refugiados, dice así,

“El término refugiado se aplicará a toda persona que, debido a una agresión externa, ocupación, dominación extranjera, o acontecimientos que perturben gravemente el orden público, en todo o en parte de su país de origen o nacionalidad, se vea obligada a abandonar su lugar de residencia habitual para buscar refugio en otro lugar fuera de su país de origen o nacionalidad”

34. Del Coloquio surgió la *Declaración de Cartagena sobre Refugiados*, el 22 de noviembre de 1984, en cuya conclusión tercera se recomienda una definición de refugiado, para la zona, que

“(...) además de contener los elementos del Convenio de 1951 y el Protocolo de 1967, considere también como refugiados a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.”

35. Ver: FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A. “Las repercusiones jurídicas de la Declaración de Cartagena en el concepto de refugiado”, Separata de la obra *Los derechos humanos en América*, Editada por las Cortes de Castilla y León, Valladolid, 1994.

36. CARRILLO SALCEDO, J.A., *Curso de derecho...*, op. cit., pág. 265.

### 3. LA REGULACIÓN DEL ASILO EN LA EUROPA COMUNITARIA: LAS BARRERAS A LA INMIGRACIÓN

Este apartado va a estar referido a la Europa comunitaria, aunque no es Europa la más afectada por los movimientos de grandes grupos de refugiados e inmigrantes, sino los países más pobres, pero sí es el área en la que se han adoptado medidas más definidas y tan restrictivas que están afectando a la clásica institución del refugio precisamente en el continente donde vio la luz.

Durante un tiempo, los refugiados escaparon a su asimilación con los inmigrantes, en parte debido al respeto a esa tradición milenaria y también por el recuerdo de los horrores de las Guerras Mundiales y la presencia de una Guerra Fría que provocaba que todo refugiado disidente de la opresión comunista fuera protegido sin dilación<sup>37</sup>.

La atenuación del enfrentamiento de las dos super potencias unido a las dificultades económicas que comienzan en los años 70 van a cambiar las tornas para los inmigrantes y a su vez para los refugiados, cuyo número no deja de crecer. La crisis económica produjo una drástica disminución de la demanda de mano de obra en una Europa que entonces contaba con 9 miembros. Pero la crisis había afectado a todos por lo que los flujos migratorios hacia Europa no pararon sino que aumentaron. Los Estados europeos comienzan a introducir en sus legislaciones, a título individual, medidas restrictivas a la entrada de extranjeros, había que parar los flujos migratorios no deseados.

La mayoría de las políticas de extranjería de los países europeos en la última década han estado orientadas a restringir los permisos de entrada y de permanencia de los no comunitarios<sup>38</sup>. Al aumentarse las barreras en este sentido,

37. Los refugiados de la península de Indochina fueron los últimos refugiados beneficiados de una opinión pública favorable a su protección. CREPEAU, F. *Droit d'asile: de l'hospitalité...*, *op. cit.*, pág. 18.

38. Según la profesora ESPADA han disminuido las ayudas sociales a extranjeros legales y prácticamente se ha imposibilitado la reunificación

buscaron otras vías alternativas para la llegada a Europa, la institución del asilo era de las pocas que quedaban. A partir de los años ochenta los países europeos observan un aumento considerable de las demandas de asilo<sup>39</sup>, situación que se confirma en los años siguientes, se decía que el asilo estaba siendo utilizado como vía para la inmigración económica. Había que poner fin a este problema. Entonces empieza a hablarse de la “política de asilo europea”. La Adopción del Acta Única Europea que preveía la abolición de las fronteras internas con el objetivo de hacer posible el mercado común interno, garantizando la seguridad y el espectacular aumento de las solicitudes de asilo, con la caída de los sistemas socialistas en un momento de recesión económica, con aumento de los niveles de parados, requerían soluciones colectivas, las individuales habían resultado ineficaces. Pero las soluciones que se adoptan son políticas restrictivas sobre asilo o la modificación de aquellas más generosas, reconduciendo la protección a un refugio basado en una interpretación estricta del concepto de refugiado de la Convención de Ginebra de 1951

---

familiar. Para justificar estas políticas sociales, se han dado argumentos de seguridad, contención, alarma de “invasión”, “boat full”, etc., y se ha ido generando un clima de hostilidad hacia lo extranjero, pero hacia el extranjero pobre. ESPADA RAMOS, M.L. *¿Europa, ciudad abierta?. La inmigración y el asilo en la Unión Europea*, Instituto Municipal de Formación y Empleo. Ayuntamiento de Granada, 1997, págs:19-20.

La Comisión en su *Comunicación de 23 de febrero de 1994, sobre políticas de Inmigración y Asilo*, alertó sobre las restricciones en la reunificación familiar y en general en las políticas de admisión para inmigrantes debido al incremento del desempleo en la Unión. O'KEEFE, “The Emergence of an European Immigration Policy”, *European Law Review*, febrero, 1995, pág.30.

39. El fenómeno aparece más intenso en: Alemania (con 37.200 demandantes en 1982 frente a los 99.700 en 1986), Países Bajos (1.800 demandantes en 1982 y 5.900 en 1986), Bélgica (2.900 demandantes en 1982 frente a los 7.700 en 1986) y Francia (22.500 en 1982 y 26.290 en 1986). Datos aportados por STEFANINI, P. y DOUBLET, F., “Le Droit d’asile en Europe: La Convention relative à la détermination de l’État responsable de l’examen d’une demande d’asile présenté auprès d’un État membre des Communautés Européennes”, en *Revue de Marché Commun et de l’Union Européenne*, nº 347, 1991, pág. 393.

que, como es sabido, es una garantía de mínimos. Aparecen nuevos tipos de conflictos, en su mayoría internos, donde se confunde la desesperación económica con la violencia generalizada y las disputas étnicas que nos han mostrado atrocidades que no creíamos volver a ver desde la 2ª Guerra Mundial. Indochina, Afganistán, Irán, Sri Lanka, Salvador, Somalia, Haití, Irak, Liberia, Ruanda, Yugoslavia... desbordan los mecanismos previstos en 1951. La Convención, hoy más que nunca, necesita ser interpretada generosamente.

Europa que hasta ahora había sido paradigma de civilización, por su respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales. Europa, ¿“modelo mundial al exportar”? Esa Europa se enfrenta hoy a uno de los mayores retos de su historia

#### *A. los criterios comunitarios*

La “política de asilo europea” es una noción relativamente reciente<sup>40</sup>. De hecho, el interés de las Instituciones por el problema de los refugiados ha estado ajeno durante décadas al quehacer comunitario, regulándose sólo de forma accesoría, hasta el comienzo del proceso de integración europea.

Es sobre todo en el proceso de realización del mercado interior, en especial respecto de la libre circulación de personas donde se ha colocado sobre la mesa junto con problemas relacionados con el control de la entrada de extranjeros<sup>41</sup>. Surge de esta manera una nueva aproximación al fenómeno del asilo, que se caracteriza por la estrecha relación existente entre asilo y política de inmigra-

40. BODELÓN, G., “La política de asilo”, en *El Tercer Pilar de la Unión Europea*, Dirección General de Política Interior, Ministerio de Interior, 1996, pág. 100.

41. La cooperación comunitaria en materia de inmigración también fue muy limitada hasta el AUE. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A. “la circulación de los ciudadanos extracomunitarios en la Unión Europea” en *Cuadernos Europeos de Deusto*, nº 12, 1995, pág. 13.

ción<sup>42</sup>. Política que, en estos momentos<sup>43</sup>, se orienta restrictivamente debido a la recesión económica, final de la guerra fría, los problemas de la Europa del este y el hambre y éxodo de los países del tercer mundo.

El Acta Única Europea, firmada el 17 y 28 de febrero de 1986, va a profundizar fundamentalmente en la noción de libre circulación de personas. En efecto, su artículo 13 modifica el Tratado de Roma, en el que se incluye su artículo 8A donde se define el futuro “mercado interior” como:

“...un espacio sin fronteras interiores en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones del presente tratado”.

El Acta Única invitaba a adoptar medidas para establecer antes del 31 de diciembre de 1992 ese mercado interior<sup>44</sup>, pero sin olvidar el reforzamiento de las fronteras exteriores, la seguridad de Europa estaba en juego<sup>45</sup>.

42. La propia Comisión ha llamado la atención sobre este vínculo, si bien es cierto que ha destacado igualmente la necesidad de regular de forma autónoma el asilo con relación a su finalidad humanitaria. Vid Doc. SEC 91/1857, *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre el derecho de asilo*, 18 de octubre de 1991, párrafo 2, págs: 1-3. Ver: ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. “El Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen y el Convenio de Dublín: una aproximación al asilo desde la perspectiva comunitaria”, *Revista de Instituciones Europeas*, nº 1, 1993, pág : 54.

43. Anteriormente, se reclamó y alentó la llegada de mano de obra extranjera para la integración económica y se incentivó desde el objetivo central del Tratado CEE. WALLACE, R. *Refugees and asylum, a community perspective*, Butterworths, London, 1996, pág.3. Entre 1963 y 1973 un millón de inmigrantes españoles en Europa fueron asistidos por el Instituto español de inmigración. VARONA MARTÍNEZ, G., *La inmigración irregular. Derechos y Deberes humanos*. Colección Derechos Humanos “P. Francisco de Vitoria”, Ararteko, Vitoria, 1994, pág. 132. Debe reconocerse que esa inmigración contribuyó en buena medida a la reconstrucción europea.

44. Artículo 7 A del Acta Única.

45. La supresión de las fronteras físicas ha demostrado ser uno de los temas más delicados del mercado único. De las cuatro libertades mencionadas en el artículo 8 A es probablemente la libre circulación de personas aquella en la que se ha avanzado con más lentitud. En repetidas

A partir del 1 de enero de 1993, se abolirían las barreras físicas, técnicas y fiscales interiores de la Comunidad, para posibilitar la libre circulación de todos los factores de producción.

Con la abolición de las fronteras físicas, técnicas y fiscales, el control del territorio se desplaza hacia los límites externos del Mercado interior. Control que habrá de ser estricto y uniforme en su práctica estatal. La construcción europea en curso no podía permitir grandes divergencias en los ordenamientos nacionales en lo referente a la admisión al territorio. Es por ello que el objetivo de la libre circulación de personas y la supresión de las fronteras internas necesita cierta armonización jurídica, en materia de asilo, sin la cual, se corría el riesgo de la anarquía en una materia muy delicada para los Estados<sup>46</sup>.

Para evitar esto todos debían estar de acuerdo en una política común utilizando criterios mutuamente aceptados. En estas circunstancias y con estos objetivos comienza una tarea normativa sobre asilo que va a centrar nuestro estudio en este apartado.

En 1985, poco antes de la firma del Acta Única, la Comisión Europea intentó tratar estas cuestiones dentro de la vía institucional comunitaria, a través de directivas, pero la primera iniciativa a través del Derecho derivado resultó infructuosa al chocar con la soberanía del Estado y fue entonces cuando se abandona la vía institucional y se opta por potenciar la vía intergubernamental. Los Estados rechazaban, al menos por ahora, comunitarizar una mate-

---

ocasiones la Comisión se ha dirigido al Consejo y al Parlamento expresando la necesidad de acelerar los trabajos para la abolición de los controles a las personas en las fronteras intra-comunitarias. Pero la libertad de ir y venir sin controles no puede significar una disminución de la seguridad pública. Sólo podrán suprimirse las fronteras cuando se pongan en funcionamiento nuevos mecanismos de cooperación que mantengan ese nivel de seguridad. Aquí es donde radican la mayor parte de las dificultades. VILLEGAS MARTÍNEZ, J., "El Acuerdo de Schengen y la libre circulación de personas en la Comunidad Económica Europea", *Boletín de Documentación del Ministerio del Interior*, nº 125, 1991, págs: 39-42.

46. Ver CREPEAU, F. *Droit d'asile. De l'hospitalité...*, op. cit., pág. 189.

ría tan sensible como la del asilo, de esta forma, si sólo ellos eran competentes había que tratar de sacar adelante acuerdos internacionales entre los doce donde se lograra la misma armonía que la Comisión pretendía, pero por unanimidad y procediendo a adaptar sus legislaciones<sup>47</sup>.

Pero la cooperación intergubernamental debía hacerse en conexión con la realización efectiva de la libre circulación de personas en el seno del Mercado Interior. Surge de este modo una aproximación plural al fenómeno del asilo en la que concurren muy diversas iniciativas llevadas a cabo en secreto, sin consultar a los Parlamentos ni a las instancias interesadas. El propio ACNUR, con las competencias que tiene en la materia, no fue consultado hasta el final. En definitiva, un conjunto desarticulado de soluciones no siempre adecuadas<sup>48</sup>.

En este marco de cooperación se han conectado inapropiadamente tráfico de drogas, delincuencia internacional, inseguridad europea, inmigración y asilo. Con lo que las soluciones al respecto se han impregnado de elementos represivos policiales<sup>49</sup>. Se aplican soluciones de la cooperación policial a un mundo que debería haber estado presidido por la defensa de los derechos fundamentales de aquellos en peligro.

Así, el 20 de octubre de 1986, tras una reunión informal de los Ministros de Interior en Londres, se crea el Grupo de trabajo *Ad hoc en materia de Inmigración*, con el objeto de coordinar entre otras materias el derecho de asilo<sup>50</sup>. Poco después, en diciembre de 1988, en el Consejo Europeo reunido en Rodas, se constituyó un grupo de 12

47. BLANC, H. "Schengen: le chemin de la libre circulation en Europe", *Revue de Marché Commun et de l'Union Européenne*, vol.1, 1991, pág. 723.

48. ESPADA RAMOS, M.L. *¿Europa, ciudad abierta?...op. cit.*, pág. 114.

49. Esta situación ha llevado a describir el diseño de la arquitectura europea como una Europa atrincherada a modo de fortaleza frente a un riesgo exterior. ESPADA RAMOS, M.L., *ibidem*.

50. Estaba formado por los ministros encargados de esta materia y poseía un sub-grupo especial denominado "asilo". La Comisión tomaba parte en sus reuniones, pero no como institución comunitaria, ya que el

coordinadores nacionales (o Grupo de Rodas), que bajo la dirección del Comisario para el mercado interior (Bange-mann), debía tratar los problemas relativos a la supresión de las fronteras intra-comunitarias y que asumió tareas en la materia. El resultado de dichas reuniones fue el *Documento de Palma*, adoptado en la reunión de Palma de Mallorca y que fue adoptado por el Consejo Europeo de Madrid de 1989, donde se insiste en la necesidad de armonizar la política de asilo, a través de un convenio internacional. Con este objetivo, el *Documento de Palma* fijaba una serie de medidas a realizar de acuerdo con un calendario, entre ellas la determinación del Estado responsable del examen de la solicitud de asilo y la aproximación de los criterios de concesión del derecho de asilo y del estatus del refugiado.

En Rodas se consolida el Grupo *Ad Hoc Inmigración* en el seno del ya veterano Grupo Trevi<sup>51</sup>. Ese Grupo *Ad Hoc Inmigración* negocia el *Convenio de Dublín sobre la determinación del Estado responsable del examen de una demanda de asilo*<sup>52</sup>.

Pero la vía intergubernamental también ha preparado acuerdos de los que son signatarios sólo algunos miembros de las Comunidades, nos referimos al Grupo Schen-

---

grupo actúa en el marco del Derecho Internacional, fuera del marco comunitario y la presidencia era asumida semestralmente por el Estado encargado de la presidencia de las Comunidades Europeas. Además, el Secretario General del Consejo era el encargado de la Secretaría y del seguimiento de los trabajos en este marco. VILLEGAS MARTÍNEZ, J., "El Acuerdo de Schengen y la libre circulación de personas...", *op. cit.*, pág. 44. STÉFANINI, P. y DOUBLET, F. "Le droit d'asile en Europe...", *op. cit.*, pág. 393. Canadá y los EEUU colaboraban con este grupo a través de "consultas informales", para más información ver: CREPEAU, F. *Droit d'asile: de l'hospitalité...*, *op. cit.*, págs: 212-214

51. Dicho Grupo había sido creado el 29 de junio de 1976 para reunir a los Ministros comunitarios de Interior y Justicia, con el fin principal de combatir el terrorismo, extendiéndose luego a la criminalidad y tráfico de drogas. El Grupo actúa a escala intergubernamental, fuera de las competencias de las instituciones europeas. Podemos distinguir 4 grupos dentro de Trevi: cooperación policial, criminalidad organizada, libre circulación y terrorismo.

52. DOCE 1990-6.

gen. Así, con motivo de dar una rápida respuesta a las conclusiones del Consejo Europeo de Fontainebleu, se celebró el "Acuerdo entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica del Benelux, la RFA y la R. francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes" *Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985*.

Nos encontramos pues, en el marco multilateral los acuerdos de Schengen, en el marco de la cooperación "a Doce", en especial el Convenio de Dublín relativo a la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas en los Estados miembros de las Comunidades Europeas. Son los primeros instrumentos jurídicos de la puesta en práctica de la libre circulación de personas<sup>53</sup>.

Schengen y Dublín son hoy una realidad, están en vigor<sup>54</sup> y completados con las Resoluciones de Londres de 1992, configuran la andadura de la libre circulación de personas en la mayoría de los Estados comunitarios.

*A.a. Convenio de Dublín sobre la determinación del Estado responsable del examen de una demanda de asilo de 1990.*

El Convenio de Dublín fue firmado por los doce miembros de la Comunidad Europea el 15 de junio de 1990 y entró en vigor el 1 de septiembre de 1997<sup>55</sup>.

El objetivo de este Tratado es decidir qué Estado Miembro de la Unión Europea es responsable del examen

53. Calificado así por M. Pierre Joxe, Ministro de interior, en la firma del texto en Dublín. STÉFANINI, P. Y DOBLET, F., "Le droit d'asile en Europe...", *op. cit.*, pág. 392.

54. El Acuerdo de Aplicación de Schengen entró en vigor el 26 de marzo de 1995. El Convenio de Dublín está en vigor desde el 1 de septiembre de 1997.

55. En los Países Bajos encontró serias dificultades por la no asunción de competencias del Tribunal de Justicia. España depositó el instrumento de ratificación, BOE, nº 183/1 de 1997.

de las solicitudes de asilo que se presenten en alguno de los Estados Miembros, con el objetivo de controlar el asilo fraudulento y terminar en Europa con el fenómeno de los “refugiados en órbita” y el de las solicitudes múltiples, refugiados en éxodo por la Comunidad intentando encontrar un Estado que admitan sus solicitudes de asilo.

Pero hay que matizar que la idea de este Convenio no es la de regular materialmente el tema del asilo y refugio sino la de establecer unos procedimientos para determinar quién es el Estado responsable de examinar la demanda de asilo, por lo tanto no es de extrañar que evite definir “asilo” y se conforme con enunciar el concepto de *solicitud de asilo*.

Aún así, nos puede dar una idea de qué se entiende en Europa por refugiado y asilado, por lo que este apartado es fundamental para nuestro análisis.

El Convenio de Dublín define la solicitud de asilo en los siguientes términos:

“(…) una solicitud mediante la cual un extranjero pide a un Estado miembro la protección de la Convención de Ginebra invocando la condición de refugiado con arreglo al artículo 1 de la Convención de Ginebra, modificada por el Protocolo de Nueva York” (artículo 1, párrafo 1, apartado b), siendo posible que dicha solicitud se presente tanto en frontera como en el territorio de un Estado miembro de las Comunidades Europeas (artículo 3, párrafo 1).

Y el concepto de solicitante de asilo:

“(…) el extranjero que haya presentado una solicitud de asilo sobre la cual todavía no existe una resolución definitiva” (artículo 1, párrafo 1, apartado c).

Se produce una identificación entre los términos de refugiado y solicitante de asilo, figuras internacional y técnicamente distintas, que permite concluir que el asilo en el ámbito comunitario se reduce a la protección territorial brindada a aquellas personas que encajan en las condiciones exigidas por el Convenio de Ginebra. Se basan en el concepto de refugiado de la Convención de 1951 cuando este concepto está completamente desfasado si no se realiza una correcta interpretación del mismo. Como veremos

se adopta un criterio restrictivo de la figura del refugiado lo que reduce las posibilidades del asilo en Europa.

En cuanto a la aplicación de los criterios de determinación del Estado responsable de la demanda de asilo<sup>56</sup>, es una garantía fundamental el principio de la responsabilidad de un sólo Estado para el examen de la demanda. Si no existe ningún otro Estado al que pueda ser enviado el solicitante de asilo, existirá necesariamente un Estado europeo que estudiará el tema<sup>57</sup>. Pero, su veredicto será además válido para el resto del territorio europeo. El solicitante de asilo no podrá introducir ningún otra demanda de asilo en otro Estado<sup>58</sup>. Así, el demandante de asilo cuya

56. Somera<sup>4</sup>mente podemos decir que se establece como criterio general el del país comunitario que permite la entrada, principio comunitario de "país de primera entrada", será responsable el Estado que haya otorgado cualquier tipo de permiso, visado, etc. pero si no existe tal permiso, será responsable el Estado que aun involuntariamente haya dejado entrar al extranjero en la Comunidad. En definitiva, el Estado con mayor responsabilidad en la llegada del demandante. Artículos 4 al 8. Llama la atención que se da una excesiva prioridad a los documentos de viaje que permiten la entrada regular en el territorio de un Estado miembro, incluso caducados, lo que obedece a la aproximación al asilo desde la perspectiva de la política de inmigración. ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., "El Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen y el Convenio de Dublín...", *op. cit.*, pág. 67.

57. Para STÉFANINI Y DOUBLET, es una innovación fundamental porque hasta la fecha no existía ninguna norma internacional que obligara a los Estados a examinar una demanda de asilo. Sus obligaciones en ese sentido se limitaban al artículo 33 de la Convención de Ginebra de 1951, el principio de *non refoulement*. La idea básica es que toda solicitud de asilo debe ser atendida, aunque el examen de la demanda se hará teniendo en cuenta la legislación nacional de cada uno de los Estados. Vemos aquí de nuevo la pervivencia del elemento tradicional de la soberanía territorial, por supuesto, siempre teniendo en cuenta las obligaciones internacionales pertinentes. "Le droit d'asile en Europe...", *op. cit.*, págs. 393-395.

58. Lo que sí prevé el Convenio en su artículo 9 es: "Aun cuando no sea el responsable en virtud de los criterios definidos en el presente Convenio, cualquier Estado miembro podrá examinar una solicitud de asilo por razones humanitarias basadas, en particular, en motivos familiares o culturales, a instancia de otro Estado miembro y siempre que el solicitante de asilo consienta en ello. Si el Estado miembro solicitado aceptare examinar la solicitud de asilo, le será transferida la responsabilidad del examen de la solicitud" De acuerdo con su naturaleza de cláusula de

solicitud es rechazada por un Estado Miembro, Estado que podría realizar una mala aplicación del Convenio de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, no puede volver a presentar su solicitud de asilo en ningún otro Estado miembro. Por una parte es positivo porque el solicitante tiene la seguridad de que su demanda va a ser atendida pero tendrá una sola oportunidad, se tratará de llamar a la puerta correcta. Se produce una limitación de su derecho a buscar asilo, limitación que opera en dos sentidos, por un lado, en la elección del país de asilo, y por otro, en la imposibilidad de introducir una nueva solicitud ante un Estado parte en los Convenios cuando otro haya emitido resolución desestimatoria.

Se está imponiendo el país de asilo, lo que es difícilmente aceptable a falta de armonización en el derecho interno de los Estados. La suerte de obtener asilo puede depender del trayecto seguido por el candidato en la huida<sup>59</sup>.

El Convenio de Dublín nos sugiere otra crítica. Los Estados se han reservado esa posibilidad, a través del artículo 3.5 del Convenio de Dublín, de enviar al solicitante de asilo a un tercer Estado no comunitario considerado seguro. En ese caso, no se estudiaría la demanda. Esta medida puede provocar un “refugio en órbita” de gravísimas consecuencias entre todo el resto de los Estados de la Comunidad internacional<sup>60</sup>. La interpretación de este principio se hará más adelante.

---

salvaguarda, su utilización habrá de realizarse con carácter de excepcionalidad.

59. BRUYCKER, P., “D’un système européen d’asile vers un droit européen des réfugiés”, *Europe and Refugees: a challenge?*, Kluwer Law International, The Hague, 1997, pág. 163.

60. La remisión al Convenio de Ginebra supone establecer un marco homogéneo común a todos los Estados miembros, que puede constituir la base de una futura política común de asilo. Esta vinculación tiene como consecuencia además, la aplicación del principio de *non refoulement* en el plano de la admisión temporal del solicitante de asilo en el territorio de los EM. Sin embargo, esta norma sólo prohíbe devolver o expulsar al extranjero hacia el país en que efectivamente sufre o puede

De igual modo se impulsa, so pretexto de las recomendaciones del ACNUR, la articulación de un procedimiento de urgencia en la substanciación previa de las solicitudes para poder rechazar sin dilaciones en la misma frontera. Con ello se previene una sutil, pero posible situación comprometedora de los derechos humanos por la vía de la exigencia del Convenio de Roma de 1950, en sus artículos 3 y 13, respectivamente y que de alguna manera pudiera implicar a algún Estado miembro<sup>61</sup>.

El Convenio de Dublín tendrá sentido sólo el día que en Europa se armonicen las normas sustantivas y de procedimiento en materia de asilo y se aplique debidamente el concepto de “tercer país de acogida”; y ello si dicha armonización se realiza en el respeto a los derechos fundamentales de los refugiados y solicitantes de asilo.

#### *A.b. El Acuerdo de Schengen de 1985 y su Convenio de Aplicación de 1990*

Con motivo de dar una rápida respuesta a las conclusiones del Consejo Europeo de Fontainebleu, se celebró el “Acuerdo entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica del Benelux, la RFA y la R. francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes” *Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985*<sup>62</sup>. Hoy día, todos los Estados de la Unión Europea son parte en el Tratado salvo Irlanda y Reino Unido. Noruega e Islandia son Estados asociados.

El objetivo de este Acuerdo es la supresión gradual de los controles en la frontera de los Estados, traspasando

---

sufrir persecución, quedando a salvo la posible expulsión o devolución hacia un tercer Estado seguro, esta parece ser la base de la criticada medida. GORTAZAR ROTAECHE, C., *Derecho de asilo...*, op. cit., pág. 247.

61. En este sentido, LÓPEZ GARRIDO, D. *El Derecho de asilo*, de. Trotta, Madrid, 1991, págs: 154-157.

62. BOE nº 181, de 30 de junio de 1991.

este control a las fronteras exteriores con respecto a los extranjeros de terceros países<sup>63</sup>.

El Acuerdo de Schengen establecía medidas a corto plazo que podían realizar sin problemas<sup>64</sup>, sin embargo, aquellas previstas a largo plazo<sup>65</sup>, sobre todo la supresión de controles para la libre circulación de personas, obligó a firmar un Tratado complementario: el *Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen*<sup>66</sup> firmado el 19 de junio de 1990, en vigor desde el 26 de marzo de 1995.

Las negociaciones que comienzan tras la firma del Acuerdo fueron largas y complejas, se constituyeron grupos de trabajo especializados, coordinados por un grupo central “el Comité Ejecutivo”<sup>67</sup> y asume la autoridad polí-

63. Artículo 17 del Convenio Schengen.

64. Las del Título I que entraron en vigor a partir del 1 de enero de 1986 y trata principalmente de la libre circulación de bienes y servicios. Estas medidas se limitan a facilitar el tránsito por las fronteras terrestres comunes, de modo que la policía y la aduana ejerzan sólo una vigilancia visual, sin exigir, como norma general, la detención de los vehículos. Se implanta la política de disco verde, es decir, aquella consistente en la vigilancia visual de la circulación de bienes y servicios, sin detención de vehículos. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A. “La circulación de los ciudadanos...” *op. cit.*, pág. 21. VILLEGAS MARTÍNEZ, J., “El Acuerdo de Schengen y la libre circulación de personas ...”, *op. cit.*, pág. 41.

65. Las del Título II.

66. BOE nº 81, de 5 de abril de 1994.

67. Para la aplicación de la normativa convencional se crea un órgano intergubernamental *ad hoc*: el Comité Ejecutivo (Título VI, artículos 131 a 133) que, formado por un Ministro de cada Estado contratante actúa en cuatro grandes áreas: (policía y seguridad, circulación de personas, transportes y aduanas), a las que hay que añadir el área de realización del SIS. El Grupo II, que se encarga de la circulación de personas, se estructura en los siguientes subgrupos: comité de reglamentación de fronteras (encargado de la preparación de las medidas necesarias para la traslación de los controles interiores a las fronteras ad extra), grupo de expertos “manual común” (responsable de la elaboración de un reglamento común comprensivo de todas las instrucciones necesarias para el funcionamiento de los controles uniformes en las fronteras exteriores del *espacio Schengen*), grupo de expertos “etiqueta visado” (encargado de la concertación técnica con vistas a la expedición de un visado uniforme Schengen), y grupo asilo (responsable de la polí-

tica el grupo de Ministros y Secretarios del Estado de las partes integrantes del Acuerdo, que se reúnen cada seis meses.

Aunque todos los miembros del grupo Schengen sean miembros de las Comunidades Europeas, este se sitúa estrictamente al margen de la competencia de las instituciones comunitarias. Estamos en el marco de la cooperación intergubernamental, donde prima la unanimidad y el compromiso de los Estados a adaptar sus legislaciones según lo acordado en común<sup>68</sup>. Ello llevó al Parlamento a seguir muy de cerca las negociaciones de este Acuerdo, pidiendo total transparencia en el trabajo de los distintos organismos intergubernamentales compuestos por algunos o por la totalidad de los Estados Miembros pero que funcionaban con arreglo al Derecho Internacional y no a la legislación comunitaria<sup>69</sup>.

El Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, consta de 142 artículos repartidos en siete títulos con el conjunto de medidas que se han de aplicar.

Las medidas relativas a los demandantes de asilo se refieren al establecimiento de un procedimiento para el examen de las solicitudes de asilo que al ser análogo al estudiado en Dublín nos remitimos a lo expuesto anteriormente. Por tanto, nos interesará centrarnos en las medidas relativas a la política de visados<sup>70</sup> y sobre con-

---

tica común en materia de asilo y del tratamiento de las solicitudes en tal materia).

68. BLANCH, H., "Shengen: le chemin de la libre circulation en Europe", *Revue de Marché Commun et de l'Union Européenne*, vol. 1, 1991, pág. 723.

69. Recuérdense las Resoluciones de 12 de marzo de 1987, de 23 de noviembre de 1989 y de 15 de marzo de 1990, DOC C 99 de 13 de abril de 1987, p.167, DOC C 323 de 27 de diciembre de 1989, p. 98, y DOC C 96 de 17 de abril de 1990, p.274. Así como la Resolución de 14 de junio de 1990 sobre el Acuerdo Schengen y el Convenio relativo al derecho de asilo y al estatuto de los refugiados del Grupo ad hoc Inmigración, DOC C 175 de 16 de julio de 1990, pág.: 171.

70. En lo que se refiere a visados (artículos 9 y ss del Acuerdo de aplicación) se crea, para los ciudadanos de terceros países, un visado común válido para el territorio de toda las partes contratantes, para una

trol de inmigración<sup>71</sup> que van a afectar directamente al asilo.

Entre las principales críticas al Convenio hemos de destacar el secreto con el que se llevaron las negociaciones del Convenio<sup>72</sup> y la negativa a que participase el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. Ello infringe el Convenio de Ginebra de 1951, el cual en su artículo 35 advierte el compromiso que adquirieron los Estados contratantes a cooperar con dicho organismo<sup>73</sup>. El Parlamento Europeo en varias resoluciones llamó la atención sobre la falta de información y pidió total transparencia en el trabajo de los distintos organismos intergubernamentales. Preocupaba especialmente al Parlamento porque el Acuerdo podía tener una repercusión negativa en refugiados y trabajadores migrantes, al intensificarse las res-

---

estancia de tres meses como máximo, siempre que cumplan con una serie de condiciones especificadas en el Convenio. Un visado de tránsito para 5 días como máximo. Los visados para estancias más largas serán nacionales, expedidos por una de las partes según su propia normativa y válidos únicamente en su territorio, aunque permita a su titular transitar por el territorio de los demás países, siempre con vuelta al Estado que ha expedido el visado. Aquellos Estados que requerían visado sólo a algunos países han tenido que aumentar la lista según los criterios comunes. España, establecido ya el visado con los países del Magreb, se verá obligada a pedir visado a los nacionales de la República Dominicana. WALLACE, R., *Refugees and Asylum...*, *op. cit.*, pág. 16

71. Entre estas medidas encontramos las relativas a la responsabilidad de los transportistas que lleven por vía aérea, marítima o terrestre a viajeros extranjeros en situación irregular. Estos serán objeto de sanciones y tendrán la obligación de reconducir a los extranjeros hasta la frontera. Artículo 26 del Acuerdo de Aplicación. Se analizará a fondo más adelante.

72. GOYBET menciona como la propia Comisión Europea es criticada por los Estados miembros por insistir en que sus propias iniciativas se hagan públicas lo antes posible. GOYBET, C., "Police, asile, immigration: l'Union est-elle en panne?", en *Revue du Maché Commun et de l'Union Européenne*, nº385, febrero 1995, pág. 73. Las ONGs han sido especialmente críticas por no haber sido consultadas las instancias oportunas. RUDGE, P. "European initiatives on asylum", en *Reluctant Host: Europe and its Refugees*, Avebury, USA, 1990, pág. 216.

73. ROSSETTO, J., "Les Conventions Europeennes relatives au droit d'asile", *Vers l'Europe des Citoyens*, avril, 1992, pág. 55.

tricciones al ingreso de estas personas en los países interesados<sup>74</sup>.

Además, al ser un instrumento elaborado en el marco de la cooperación intergubernamental no estaba sometido a ningún control jurisdiccional, su carácter excluía la intervención del Tribunal de Luxemburgo. Sufríamos, por tanto, la ausencia de control judicial adecuado. Ningún Tribunal internacional era competente para los casos en los que el propio Comité hubiera conculcado el Convenio o tuviera dudas sobre su correcta interpretación<sup>75</sup>.

Igualmente se ha calificado como infracción al Convenio internacional de refugiados las restricciones impuestas a transportistas<sup>76</sup>. El artículo 26<sup>77</sup> prevé la responsabilidad

74. VILLEGAS MARTÍNEZ, J., "El Acuerdo de Schengen y la libre circulación de personas...", *op. cit.*, págs: 50-51.

75. CREPEAU, F., *Droit d'asile: de l'hospitalité...*, *op. cit.*, pág. 195

76. Los siguientes Estados ya las han incorporado a su derecho interno: Alemania (1987), Bélgica (1987), Dinamarca (1987), Francia (1992), Gran Bretaña (1987), Italia (1993), Países Bajos (1994), Portugal (1993), España se incorporará a la lista en breve. Anotar que las mismas medidas se vienen aplicando en EEUU desde 1952 y en Canadá desde 1978. CREPEAU, F., *Droit d'asile: de l'hospitalité...*, *op. cit.*, pág. 203.

77. El artículo dice textualmente: "Sin perjuicio de los 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 Adicional de 31 de enero de 1967, las Partes contratantes se comprometen a introducir en su legislación nacional las siguientes normas: a. si se negara la entrada en el territorio de una Parte contratante a un extranjero, el transportista que lo hubiera llevado a la frontera exterior por vía aérea, marítima o terrestre estará obligado a hacerse cargo de él inmediatamente. A petición de las autoridades de vigilancia de fronteras, deberá llevar al extranjero al tercer Estado que hubiera expedido el documento de viaje con el que hubiere viajado o a cualquier otro Estado donde se garantice su admisión. b. el transportista estará obligado a tomar todas las medidas necesarias para cerciorarse de que el extranjero transportado por vía aérea o marítima tenga en su poder los documentos de viaje exigidos para entrar en el territorio de las Parte contratantes. 2 Sin perjuicio de los 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 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 con-

de las compañías aéreas o marítimas e incluso los transportistas de grupos que realicen enlaces internacionales por carretera en autocar (nada se dice de otros servicios como el taxi o ferrocarril<sup>78</sup>) respecto de los extranjeros mal documentados que transporten, e invita a los Estados parte a establecer sanciones para el caso de que dichas obligaciones sean transgredidas. Y ello sin perjuicio de los compromisos internacionales resultantes de la adhesión al Convenio de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados. De esta forma, las compañías de transportes están obligadas a cerciorarse de que el extranjero transportado tenga en su poder los documentos exigidos antes de emprender el viaje. Sin embargo, es bien conocido que los solicitantes de asilo que a menudo se ven obligados a huir de sus propios gobiernos no suelen estar en disposición de aportar la documentación requerida. ¿Acaso serán las propias compañías las que tengan que distinguir, de entre los extranjeros indocumentados a los refugiados?. Estas empresas para evitar el riesgo de una posible multa, no dejen embarcar al extranjero, aunque reclame el estatuto de refugiado, con lo cual se les está negando hasta la posibilidad de solicitarlo<sup>79</sup>. La protección de estas personas no es parte de sus funciones comerciales. Se deja la selección preliminar que, frecuentemente, es la selección determinante a personas no cualificadas, que van a hacer el trabajo de nuestro personal de inmigración. ¿No vacían de contenido estas medidas las obligaciones de los Estados derivadas del artículo 31<sup>80</sup>?

---

tratantes, a extranjeros que no estén en posesión de los documentos de viaje exigidos (...)".

78. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A. "La circulación de los ciudadanos..." *op. cit.*, pág. 27.

79. Según el profesor CREPEAU se trata de bloquear los flujos de indeseables desde su punto de partida, *Droit d'asile: de l'hospitalité...*, *op. cit.*, pág. 22.

80. GORTAZAR llama la atención sobre cómo todos los miembros del Convenio Schengen lo son también de la Convención de Ginebra. El Convenio Schengen recoge de modo expreso la prevalencia de la Convención de Ginebra respecto del texto Schengen (artículo 135). Y el artículo

El artículo 31 del Convenio de Ginebra obliga a los Estados miembros a no imponer sanciones a los refugiados por causa de su entrada o estancia ilegal, luego esta admitiendo una justificación para la entrada ilegal de los demandantes de asilo.

El artículo 33 que estipula la obligación de *non refoulement* también sería conculcado pues estas empresas tienen el deber de devolver a los extranjeros en situación irregular al lugar de donde proceden. El artículo 33 prohíbe cualquier medida que conduzca, directa o indirectamente, al rechazo de un refugiado en las condiciones prevista por la Convención de 1951. Las compañías cuyos Estados de origen hayan ratificado la Convención sobre refugiados, son tan responsables del respeto al principio de *non refoulement* como las autoridades estatales. Y si los consideramos como agentes serán susceptibles de comprometer la responsabilidad del Estado<sup>81</sup>.

Pero no solamente se conculca la Convención de 1951 sino también el Convenio Europeo de Derechos Humanos en su artículo 3 si conduce la expulsión al sufrimiento descrito en el artículo<sup>82</sup>.

---

30 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados dispone que: "cuando un tratado especifique que está subordinado a un tratado anterior o posterior o que no debe ser considerado incompatible con este otro tratado, prevalecerán las disposiciones de éste último." GORTAZAR ROTAECHE, C. *Derecho de asilo...*, *op. cit.*, pág. 258.

81. Aún así, el artículo 267 confiere al personal de transportes la categoría de funcionarios por lo que la responsabilidad estatal por incumplimiento de obligaciones internacionales sería directa e indiscutible. GORTAZAR ROTAECHE, C. *ibidem*, pág. 260 basándose en el informe MEIJERS: *Schengen and carrier sanctions, international law objections*, STANDING COMMITTEE OF EXPERTS ON INTERNATIONAL MIGRATION, REFUGEE AND CRIMINAL LAW, Utrecht, 1992. La profesora ESCOBAR mantiene una postura diferente: La medida sería una violación al principio de *non refoulement*, y que al ser imputable a una empresa privada queda exenta de sanción desde un punto de vista internacional. Se produce el efecto de liberar al Estado por la comisión de un acto internacionalmente ilícito. ESCOBAR, HERNÁNDEZ C., "El convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen y el Convenio de Dublín...", *op. cit.*, pág. 90.

82. CREPEAU F., *Droit d'asile: de l'hospitalité...*, *op. cit.*, pág. 210.

Algunos autores ven incluso una violación de los artículos 9 y 14 de la Convención pues los transportistas no son una autoridad pública y deben respetar la vida privada de las personas. Así como el Tratado de Chicago de 1944 relativo a la Aviación Civil Internacional<sup>83</sup>. Evidentemente, también se está violando el artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

En concreto el Parlamento Europeo ha solicitado la derogación de las legislaciones sobre responsabilidad de transportistas<sup>84</sup>.

Si no su derogación al menos debería establecerse un sistema según el cual la alegación de la intención de solicitar refugio en el territorio de una de las Altas Partes contratantes debería exonerar de responsabilidad al transportista<sup>85</sup>.

Es urgente aclarar cómo van a poder las compañías ser rigurosas en su negativa a transportar extranjeros indocumentados sin impedir el derecho de asilo: qué formación tendrá el personal para apreciar el "temor bien fundado de persecución", de qué medios dispondrá el extranjero para explicar su situación, qué será de todas las garantías del procedimiento, etc.

83. WALLACE, R., *Refugees and Asylum...*, *op. cit.*, págs. 16 y 17.

84. *Tribuna del Parlamento Europeo*, nº 3 marzo-abril, 1994, pág. 1. también en A3-0337/92, de 18 de noviembre de 1992.

85. En esta línea se sitúa la solución adoptada en Francia por la Ley de modificación de la *Ordonnance* nº 45-2628 de 2 de noviembre de 1945, relativa a las condiciones de entrada y permanencia de los extranjeros en Francia. En ella se introduce excepciones a las compañías de transporte, de tal forma que no habrá lugar a las sanciones si el extranjero sin documentos obtiene el asilo, o al menos, su solicitud no está manifiestamente infundada. El alcance de la misma no va más allá ni atribuye a la compañía privada poder alguno para evaluar el fondo de la cuestión. Así se garantiza evitar el rechazo del solicitante de asilo y de preservar el principio de soberanía como fundamento de la concesión de asilo. ESCOBAR HERNÁNDEZ C., "El convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen y el Convenio de Dublín...", *op. cit.*, pág. 91. En mi opinión aún así la compañía estaría obligada a saber qué se entiende por solicitud manifiestamente infundada, lo que no parece oportuno.

La combinación de la política de visados que podemos resumir como: “no-visado: no-entrada”<sup>86</sup>, con las sanciones a transportistas van a suponer el rechazo injustificado de solicitantes de asilo sin ni siquiera un examen de sus méritos, incompatible del todo con las obligaciones internacionales de los Estados en la materia<sup>87</sup>.

Los criterios para la determinación del Estado responsable de examinar una solicitud de asilo, no son muy distintos a los recogidos por el Convenio de Dublín<sup>88</sup> antes mencionado y nuestras objeciones al Convenio son lógicamente las mismas. A parte de las ya mencionadas entonces y que vuelven a repetirse sobre procedimientos de urgencia y la posibilidad de crear refugiados en órbita no ya en el territorio de la Comunidad pero sí fuera de ella según el artículo 29.2 del Convenio de Schengen que se refería a la posibilidad de poder enviar al refugiado a otro Estado no miembro. Para dar cuerpo a esta norma se han elaborado acuerdos complementarios de Schengen firmados poco después por los Estados Miembros. El primero de ellos fue el Acuerdo relativo a la readmisión de perso-

86. La lista común de terceros países cuyos nacionales necesitan visado para entrar en el territorio de la Comunidad, medida lícita desde la perspectiva del establecimiento de una política común de inmigración, debe ser compatible con el derecho de los solicitantes de asilo a pedir refugio y con el principio de *non refoulement*. Al imponer tales medidas de control en frontera, las autoridades deben distinguir a los solicitantes de asilo de otros extranjeros. De otra forma, se estaría restringiendo de forma drástica el derecho de asilo, pues ellos no están en condiciones de cumplir con estos trámites. Los oficiales de frontera deberán tener instrucciones explícitas sobre las solicitudes de asilo. VAN DER KLAUW, J. “Refugee Protection in Western Europe a UNHCR Perspective”, *Europe and Refugees: a Challenge?*, *op. cit.*, pág. 232 y 241. ROSSETTO, J., “Les Conventions Europeennes ...”, *op. cit.*, págs: 56-57.

87. No existen en el Convenio de Dublín disposiciones similares a las que se acaban de analizar, lo que permite una valoración más favorable a dicho instrumento. ESCOBAR, HERNÁNDEZ, C. “El Acuerdo de Aplicación del Acuerdo de Schengen y el Convenio de Dublín...”, *op. cit.*, pág. 92.

88. A pesar de que los criterios establecidos en los Convenios de Dublín y Schengen son análogos, la profesora ESCOBAR analiza las diferencias principales: *Ibidem*, págs: 68-69.

nas en situación irregular, hecho en Bruselas el 29 de marzo de 1991 entre las Partes Contratantes en el Acuerdo Schengen y la República de Polonia<sup>89</sup>. Con este acuerdo se pretende que todo extranjero que haya pasado a territorio Schengen de forma ilegal a través de las fronteras polacas sea devuelto *ipso facto* y readmitido por este país, sin un examen de la demanda de asilo. Se le obliga, por tanto, a exigir en sus fronteras la suma de requisitos de admisión de Schengen. Y ello en compensación a una posible exención de visado a sus nacionales para la entrada en el territorio.

Entre 1990 y 1995, Francia y Alemania negocian y firman acuerdos de readmisión de extranjeros ilegales con todos sus vecinos fuera del espacio Schengen: Polonia, República Checa, Eslovaquia, Rumania, Austria, Bulgaria y Eslovenia. Los países fronterizos a la zona Schengen firman acuerdos a su vez con sus propios vecinos.

Estos acuerdos han sido criticados por servir de “cordón sanitario” mediante el cual, los Estados miembros pretenden protegerse de los solicitantes de asilo de los países de la Europa del Este<sup>90</sup>.

El ACNUR no ha tardado en criticar estos acuerdos por la posible violación del artículo 33 de la Convención de Ginebra al devolver solicitantes de asilo en situaciones de persecución u otras violaciones de derechos fundamentales. Según el Alto Comisionado, debería incluirse alguna disposición sobre la responsabilidad del Estado de examinar las peticiones de asilo de aquellos devueltos<sup>91</sup>.

En general, debemos decir, que al parecer de muchos, Schengen pretende frenar la inmigración sin reparar en las transgresiones que en su aplicación pueda causar a los

89. Entró en vigor el 1 de julio de 1991. Para España, el 1 de enero de 1993. BOE nº 16, de 19 de enero de 1993.

90. LÓPEZ GARRIDO, D. “Doce tesis sobre la inmigración europea y el derecho de asilo”, *Derechos y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, vol. 4, 1995, pág. 66.

91. *Readmission Agreement, “Protection Elsewhere” and Asylum Policy*, UNCHR Press, 1 diciembre 1994. Citado por WALLACE R., *Refugees and Asylum...*, *op. cit.*, pág. 20.

compromisos internacionales preexistentes y vinculantes para sus Estados Miembros.

El Convenio no ha establecido una política coordinada y coherente sobre refugiados, sino más bien, una política restrictiva<sup>92</sup> con la que se pretende solucionar el problema de la creciente inmigración en Europa. Estas normas no buscan controlar el fenómeno de los refugiados en sí, sino la utilización fraudulenta de la vía del asilo por inmigrantes económicos, las peticiones de asilo “manifiestamente infundadas” que están siendo utilizadas por ilegales. Esto se ve claramente en el *Informe de los Ministros responsables de Inmigración al Consejo Europeo de Maastricht sobre política de Inmigración y Asilo*, adoptado en Bruselas el 3 de diciembre de 1991, en el cual podemos leer como la necesidad de la armonización viene dada por: “la intensificación neta de la presión migratoria, ejercida ya sobre casi todos los Estados miembros, y a los que estos no pueden evidentemente dar una solución individual que perjudique a sus socios comunitarios. Hay que mencionar también la proliferación de solicitudes de asilo injustificadas, vía de emigración a la recurren las persona que no cumplen con los requisitos de la Convención de Ginebra...”

*A.c. Las Resoluciones y Conclusiones sobre asilo del Grupo Ad Hoc Inmigración de 1992.*

En diciembre de 1991, el Grupo Ad Hoc Inmigración realiza el Informe “sobre política de inmigración y asilo”, en el que insisten en la necesidad de luchar contra la inmigración ilegal, así como en la oportunidad y urgencia de armonizar las diferentes normativas internas sobre asilo,

92. O'KEEFFE señala como los abogados especializados en refugiados temen por las medidas de Schengen pues, se está haciendo cada vez más y más difícil presentar una solicitud de asilo. Ello puede contravenir la Convención de Ginebra de 1951. “The Emergence of an European Immigration Policy”, *op. cit.*, pág. 23.

tanto las procedimentales como las sustantivas<sup>93</sup>. No parecía ser suficiente acordar una multitud de criterios procesales, pues los criterios básicos diferían en la mayoría de los países comunitarios. Son los primeros pasos en la armonización del derecho de los refugiados a escala europea<sup>94</sup>.

Urge la necesidad de aclarar, sobre todo, los siguientes conceptos:

- solicitudes de asilo manifiestamente infundadas o abusivas.
- definición del país de primer asilo.
- concepto de refugiado según el Convenio de Ginebra.

Para dar cumplimiento al Informe, los ministros europeos de Inmigración adoptan, el 30 de noviembre de 1992, los siguientes documentos que van a completar el Convenio de Dublín:

1. *Resolución sobre solicitudes de asilo manifiestamente infundadas.*
2. *Resolución relativa a los países terceros de acogida.*
3. *Conclusiones sobre países en los que en términos generales no existe peligro grave de persecución.*

Estas resoluciones no son tratados obligatorios, sin embargo, han ido incorporándose en las legislaciones internas de los Estados, tal y como se acordó en el texto de las resoluciones, donde se convenía en lo siguiente:

(...)tratar de asegurar que, en caso necesario, sus legislaciones serán adaptadas para incorporar los principios de la presente resolución lo antes posible...y a más tardar el 1 de enero de 1995 (en la Resolución sobre "solicitudes manifiestamente infundadas") y a más tardar en el momento de la entrada en vigor del Convenio de Dublín (en el caso de la Resolución sobre "países terceros de acogida").

93. En este sentido el profesor HAILBRONNER, K., "Perspectives of an Harmonization of the law of Asylum after the Maastricht Summit", *Common Market Law Review*, nº 5, 1992, pág. 922.

94. BRUYCKER, P., "D'un système européen d'asile ...", *op. cit.*, pág. 164.

Pero este afán por armonizar ya adelantamos que no está basado en las necesidades humanitarias de los refugiados, está alentado por un objetivo concreto, combatir la inmigración ilegal y evitar la utilización abusiva del asilo por parte de los inmigrantes económicos que alegan falsas persecuciones para eludir la, cada vez más dura, legislación de extranjería. Seguimos en la línea de afianzar la “Europa fortaleza”. Es por ello que estas medidas restrictivas han sido fuertemente criticadas por la Comisión, el Parlamento Europeo, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, ACNUR y numerosas organizaciones humanitarias, basándose en los derechos humanos, la administración de justicia y los convenios internacionales<sup>95</sup>.

Hagamos un análisis de los nuevos conceptos que entran en juego en materia de refugiados:

*-solicitudes de asilo manifiestamente infundadas:*

La finalidad de esta resolución consiste en “agilizar” la tramitación de solicitudes de asilo en los Estados miembros con el objeto de evitar que solicitudes que no tienen que ver con la protección a refugiados retrasen el reconocimiento de los refugiados, que ellos consideran verdaderamente necesitados de protección.

Según la Resolución de Londres de 1992, nos hallamos ante una solicitud manifiestamente infundada cuando no se basa con toda evidencia en ningún elemento sustancial contemplado en la Convención de Ginebra y el Protocolo de Nueva York, cuando se aprecie alguna de las siguientes razones:

-que la alegación del solicitante de temer persecución en su propio país carece de toda evidencia de fundamento; o

-que la alegación se basa en un engaño deliberado o en abuso del procedimiento de asilo. Estas son las solicitudes manifiestamente infundadas *strictu sensu*<sup>96</sup>.

95. OUTHIVE, L.V., “Les controverses autour de la politique européenne envers les réfugiés”, *Europe and Refugees: a Challenge?*, op. cit., pág. 249.

96. Apartados 6 a 10.

Además, sin perjuicio del Convenio de Dublín, una solicitud no podrá estar sujeta a la resolución sobre la condición de asilado por parte de un Estado miembro, de conformidad con lo dispuesto en la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de Refugiado, cuando caiga dentro de lo dispuesto en la Resolución sobre “terceros países de acogida” adoptada por los Ministros de Inmigración en Londres los días 30 de noviembre y 1 de diciembre de 1992.

O cuando el solicitante proceda de un “país de origen donde no existen riesgos serios de persecución”. También objeto de Resolución al respecto. Estas dos últimas las analizaremos más adelante.

En todos estos casos, los Estados miembros podrán tramitar las solicitudes en un “procedimiento acelerado” y procurarán resolver dichas solicitudes lo antes posible, “a más tardar en el plazo de un mes” así como sus procedimientos de apelación o revisión.

La decisión es tomada por los funcionarios de frontera, tras un interrogatorio del solicitante de asilo, y esta decisión no permite el acceso al procedimiento normal de reconocimiento del estatuto de refugiado. La objetivación de la situación del solicitante de asilo contradice 40 años de evolución del Derecho Internacional de los Refugiados. Centrándonos en las solicitudes manifiestamente infundadas *strictu sensu*, los Estados miembros pueden examinar la demanda en un procedimiento acelerado cuando los motivos de la solicitud caigan fuera del ámbito de aplicación del Convenio de Ginebra, en estos supuestos:

Quando la solicitud carece de toda evidencia de fundamento:

Bien porque el solicitante no alegue el temor a una persecución fundada en su pertenencia a una raza, religión, nacionalidad o grupo social o en sus opiniones políticas, sino en motivos como la búsqueda de empleo o la mejora de sus condiciones de vida.

O cuando la demanda no se sostiene porque el demandante no aporta ningún elemento que demuestre las razones de la persecución, o su exposición no se basa en circunstancias personales.

O porque la demanda tenga una completa falta de credibilidad porque el relato sea incoherente, contradictorio o inverosímil.

También serán consideradas solicitudes manifiestamente infundadas en virtud de este apartado, aquellas que provengan de solicitantes que hubieran dispuesto fácilmente de protección eficaz en otra zona de su propio país, a la que sería razonable esperar que se trasladara el solicitante.

Este apartado de la resolución nos parece especialmente preocupante. Primero porque se aferra a la estricta letra del artículo 1.A.2 del Convenio de Ginebra, no procediéndose a una interpretación flexible del mismo que pudiera dar cabida a los nuevos supuestos de refugio derivados de la violencia y la violación de derechos humanos. Hace especial hincapié en la prueba de los hechos cuando ha sido tradición en materia de asilo, la flexibilidad en la aportación de unas pruebas que en ocasiones resulta especialmente difícil para personas que se encuentran en peligro<sup>97</sup>. Y por otro lado, nos parece muy grave que se potencie el desplazamiento interno de los solicitantes de asilo. Estos colectivos tienen el “derecho a no ser desplazados” ya que ese desplazamiento puede suponer la violación de derechos fundamentales<sup>98</sup>.

97. El propio “Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado” del ACNUR dice lo siguiente: “(...)La mayoría de las veces, una persona que huya de la persecución llegará con lo más indispensable y, en muchos casos, incluso sin documentación personal. Por consiguiente, aun cuando, en principio, la carga de la prueba incumba al solicitante, el deber de averiguar y evaluar todos los hechos pertinentes corresponde a la vez al solicitante y examinador. Es más, en algunos casos el examinador habrá de recurrir a todos los medios que tenga a su disposición para conseguir las pruebas necesarias en apoyo a su solicitud.(...)si el relato del solicitante parece verídico deberá concedérsele, (...) el beneficio de la duda. ” Oficina del Alto Comisionado de las Naciones para los Refugiados, Ginebra, 1988, pág. 53.

98. Ver: STYRVOPOULOU, M. “The right not to be displaced”, *American University Journal of International Law and Practice*, nº 9, 1994.

En cuanto a aquellas alegaciones que se basan en un engaño deliberado o en abuso del procedimiento de asilo, la Resolución especifica los siguientes supuestos:

-que haya basado su solicitud en una identidad falsa o en documentos falsos o falsificados y, preguntado al respecto, haya persistido en afirmar la autenticidad de los mismos.

-que haya hecho descripciones deliberadamente falsas sobre sus alegaciones, bien oralmente, bien por escrito, después de haber solicitado asilo.

-que haya destruido, dañado o eliminado con mala fe un pasaporte o cualquier otro documento o billete pertinente en relación con su alegación, bien con la finalidad de establecer una identidad falsa a propósito de su solicitud de asilo, bien para dificultar el examen de su solicitud.

-que haya omitido declarar que había introducido una solicitud en otro país o en varios países, particularmente cuando se estén utilizando identidades falsas.

-que habiendo dispuesto anteriormente de amplias oportunidades de presentar una solicitud de asilo, haya presentado la solicitud con objeto de suspender una medida de expulsión en curso.

-que haya omitido flagrantemente cumplir obligaciones positivas impuestas por la legislación nacional relativa a los procedimientos de asilo.

-Y por último que haya presentado su solicitud en uno de los Estados miembros habiéndole denegado anteriormente su solicitud en otro país.

El Comité Ejecutivo del ACNUR se ocupó de las demandas de asilo manifiestamente infundadas en sus Conclusiones números 28 y 30 adoptadas en 1982 y 1983. En la última de ellas se recomendaban medidas especiales de agilidad en los expedientes, a lo que se acogen ahora los gobiernos para fundamentar la necesidad de tratar con celeridad este tipo de solicitudes. Sin embargo, la Conclusión número 30 fue adoptada ante la gravedad que adquirirían los acontecimientos que significaban para un tercer Estado el poder quitarse de en medio a una gran cantidad de demandas bajo la acusación de “claramente abusivas” o

“manifiestamente infundadas”, por lo que el Comité Ejecutivo hacía hincapié en la necesidad de adoptar “las debidas garantías”. Parecen haber olvidado que también recomendaban que el procedimiento se desarrollase con las garantías procesales adecuadas.

Según el Comité Ejecutivo del ACNUR, en su Conclusión 30, se exige que para que una solicitud sea manifiestamente infundada, por no ajustarse a los criterios definitorios de la condición de refugiado, debe serlo *con toda evidencia, a todas luces claramente, ostensiblemente*, y, en caso de falsedad o engaño, que el solicitante lo haga *deliberadamente, de mala fe*, con la finalidad de falsear su identidad y dificultar el examen.

En este sentido cabe recordar que el “Manual de procedimientos y criterios a aplicar para determinar el estatus de refugiado” del ACNUR, institución a la que la Ley concede audiencia previa a la inadmisión a trámite, destaca que el demandante de asilo hay que concederle el “beneficio de la duda”, comprendiendo en ello el saber si una demanda es manifiestamente abusiva o mal fundada.

En cuanto a los recursos, estos han sido muy criticados por no tener efecto suspensivo<sup>99</sup>.

Con este sistema acelerado no se practica un estudio con profundidad con lo que se corre el riesgo de cometer graves errores por las autoridades<sup>100</sup>. Incumpliendo las obligaciones internacionales en materia de garantías para los solicitantes de asilo.

#### *-“tercer país de acogida”*

La “Resolución sobre un enfoque armonizado de las cuestiones referentes a los “terceros países de acogida”, aclara que cuando el demandante ha llegado a un país de la Comunidad a través de un tercer país en el cual ya estaba a salvo de persecución y hubiera podido depositar una

99. GORTAZAR ROTAECHE, C. *Derecho de asilo...* op. cit., pág. 251.

100. BRUYCKER, P., “D’un système européen d’asile ...”, op. cit., pág. 168.

demanda de asilo, no se aplica el Convenio de Dublín y la solicitud no es examinada en el territorio de la Comunidad, enviándose el solicitante a dicho país<sup>101</sup>.

Los ministros pretenden interpretar uniformemente los artículos 3.5 del Convenio de Dublín<sup>102</sup> y 29.2 del Convenio de Schengen<sup>103</sup>, ya comentado, para llegar a una interpretación conjunta del concepto tercer país de acogida que se basa en una interpretación del artículo 31.2 del Convenio de Ginebra de 1951<sup>104</sup>.

La Resolución prevé 4 condiciones que permiten calificar a un país como “tercer país de acogida”, son las siguientes:

- Debe garantizar la vida o libertad del demandante, en el sentido del artículo 33 del Convenio de 1951.
- Debe garantizar que el solicitante de asilo no será sometido a tortura o trato inhumano o degradante.
- Debe haber concedido protección al solicitante de asilo o éste tiene que haber tenido la posibilidad, en la frontera o en el territorio del tercer Estado, de solicitar la protección de las autoridades de dicho Estado, o bien tiene que haber pruebas claras de que vaya a ser admitido en un país tercero.

101. Diferentes términos para calificar lo mismo hacen difícil la comprensión de esta materia. “tiers pays sûr” se denomina en Canadá, “pays de premier accueil” o “pays tier d'accueil” suelen usarse en Europa.

102. Todo Estado miembro conservará la posibilidad, en aplicación de su Derecho nacional, de enviar a un Estado tercero a un solicitante de asilo, respetando las disposiciones de la Convención de Ginebra, modificada por el Protocolo de Nueva York.

103. Cada parte contratante conservará el derecho a devolver o expulsar a un solicitante de asilo a un tercer Estado, con arreglo a sus disposiciones nacionales y a sus obligaciones internacionales.

104. Artículo 31: “Refugiados que se encuentren ilegalmente en el país de refugio. (...)2. Los Estados Contratantes no aplicarán a tales refugiados otras restricciones de circulación que las necesarias, y tales restricciones se aplicarán únicamente hasta que se haya regularizado su situación en el país o hasta que el refugiado obtenga su admisión en otro país. Los Estados Contratantes concederán a tal refugiado un plazo razonable y todas las facilidades necesarias para obtener su admisión en otro país.”

- Debe beneficiarse de una protección eficaz contra el *non refoulement*.

No parece que estas garantías sean suficientes teniendo en cuenta que los Estados europeos pretenden enviar a otro país al solicitante de asilo sin haber ni siquiera revisado su demanda y sin obtener las garantías suficientes de que su solicitud será estudiada en el fondo. No sólo se debería exigir garantías en cuanto al *non refoulement*, sino también respecto del derecho del solicitante al procedimiento y estudio de su solicitud con las debidas garantías. De otra manera, estaremos potenciando el refugio en órbita entre el resto de los Estados de la Comunidad internacional

Este concepto no sólo contraviene la Convención de Ginebra, que obliga a proteger a los refugiados físicamente presentes en el territorio, sino también el propio Convenio de Dublín, el cual en su artículo 10 establece que el Estado miembro “deberá” examinar la solicitud de asilo.

De esta forma, nos alejamos hasta de la propia jurisprudencia de los Estados europeos al respecto. Desde finales de los años cincuenta se reconocía que no es preciso provenir directamente del país de persecución, para beneficiarse de la condición de refugiado. En palabras de la profesora GORTAZAR ROTAECHE, “la Convención de Ginebra no parece compatible con la interpretación que últimamente quiere darse la noción de “tercer país de acogida””<sup>105</sup>.

El concepto debería aplicarse cuando no se tratase de un país en tránsito.

De acuerdo con la Conclusión nº 58 del Comité Ejecutivo del ACNUR, los refugiados y solicitantes de asilo pueden ser devueltos al país en el cual ya habían encontrado protección. Ello indica que no hace falta una determinación de su estatuto, se le puede devolver sin un examen

105. La profesora GORTAZAR ROTAECHE, aporta el estudio de algunas sentencias en la División Judicial del Consejo de Estado Holandés, el Tribunal de Apelación francés y el Tribunal Federal Supremo Administrativo alemán. *Derecho de asilo, op. cit.*, págs: 252-253.

del fondo. Pero la Conclusión añade los requisitos que deben cumplirse:

- Que el solicitante “haya sido garantizado” con algún estatuto legal ya sea de refugiado o solicitante de asilo.
- Que disfrute de protección efectiva contra el *non refoulement*.
- Que sea tratado según los estándares humanos reconocidos.
- Que al devolverlo, sin es preciso con asistencia de ACNUR, su readmisión sea garantizada.

Así mismo se aclara que un país en donde ha estado simplemente en tránsito, no es “tercer país de acogida”.

La Resolución difiere de la Conclusión 58 en que el solicitante de asilo ha encontrado “ya” protección en el país tercero, tiene algún estatuto legal. Y se asegura su estudio en función de los criterios generalmente reconocidos.

*-país seguro de origen:*

En las “Conclusiones relativas a los países en los que en términos generales no existe peligro grave de persecución” se basan en la consideración de que se puede calificar a ciertos países como seguros, en los cuales no habría riesgo de persecución, por lo tanto no podrían producir refugiados, estos serían considerados a priori como “falsos refugiados”. Una demanda de asilo contra un país de estas características sería considerada manifiestamente infundada y se tramitaría de forma acelerada.

Dice basarse en las cláusulas de cesación de la Convención de Ginebra, artículo 1.C.5<sup>106</sup>.

106. Artículo A.C: “En los casos que se enumeran a continuación, esta Convención cesará de ser aplicable a toda persona comprendida en las disposiciones de la sección a precedente”; 5: “Si, por haber desaparecido las circunstancias en virtud de las cuales fue reconocida como refugiada, no puede continuar negándose a acogerse a la protección del país de su nacionalidad”.

Se toman en cuenta los siguientes criterios para calificar o no a un país como seguro<sup>107</sup>:

- índices de reconocimiento del estatuto de refugiado a nacionales de ese país. Se tienen en cuenta los últimos años, evidentemente, la situación puede cambiar, puede producirse algún acto violento. Pero en ausencia de un cambio significativo en el país, es lógico pensar que los índices de los últimos años continuarán igual en los siguientes.
- el respeto a los derechos humanos. No nos parece suficiente analizar las obligaciones formales asumidas por el país en instrumentos internacionales sobre derechos humanos y en su derecho interno, es necesario estudiar cómo en la práctica respeta estas obligaciones. Esta práctica es claramente más importante que la adhesión o no a tal o cual convenio internacional.
- las instituciones democráticas. No se trata de analizar si existe una u otra institución sino de ver si hay un proceso democrático, elecciones, pluralismo político y libertad de pensamiento y expresión.
- la estabilidad en el país. Este criterio es subjetivo y debe ser revisado cada cierto tiempo a la luz de los acontecimientos.

Para ello son importantes las fuentes de información, que no deben incluir solamente las gubernamentales sino informes de misiones diplomáticas, OI, ONGs y prensa. Evidentemente, la información de ACNUR tiene una importancia esencial en este campo.

El Comité Ejecutivo del ACNUR, se refirió a este principio en su Conclusión nº 30. Con referencia a la supuesta inexistencia de riesgo de persecución en los países de origen sostenía que “debe demostrarse *claramente, de modo objetivo y comprobable. no basta la sospecha ni la conjetura*”.

107. WALLACE, R., *Refugees and Asylum...*, op. cit., pág. 39.

Estos criterios no pueden aplicarse de forma extrema, deben ser revisables en función de los elementos individuales. Ya vimos que el artículo 1.A.2 contenía elementos objetivos y también subjetivos, con igual valor.

Estas “listas” de países seguros, no deberían ser más que un criterio orientador, de otra manera conculcan tanto el artículo 33 de la Convención de Ginebra, como la previsión del Protocolo Adicional de 1967 que obliga a aplicar la Convención sin restricciones geográficas<sup>108</sup>.

Algunos autores defienden incluso que se está violando el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, en sus artículos 3 y 13<sup>109</sup>.

Por otro lado, al ser una presunción negativa, el demandante es el que tiene la carga de la prueba en todo el proceso, tiene que aportar las pruebas que demuestren que ese país no es seguro. Esto es contrario a toda la evolución del Derecho internacional del refugiado que prevé expresamente el beneficio de la duda a favor del demandante<sup>110</sup>.

Pero es que además en palabras del profesor CREPEAU no se trata de un procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado realizado por un organismo especializado y competente en la protección de refugiados. Sino que la decisión será tomada por un policía o funcionario en frontera que con un procedimiento acelerado le es imposible estudiar el caso a fondo con lo que se limitará a verificar que su país se encuentra en la lista.

La creación de “la Lista” sugiere también comentarios, pues los riesgos de interferencia política son grandes. Así, será difícil incluir a un país sin perjudicar las relaciones diplomáticas hasta ese momento mantenidas. Pensemos en el caso de Turquía, miembro de la OTAN y del Consejo de Europa y que no por ello deja de perseguir sistemática-

108. GORTAZAR ROTAECHE, C., *Derecho de asilo*, op. cit., págs 254.

109. El caso *Soering* muestra que la expulsión a un país “normalmente” respetuoso con los derechos humanos fundamentales, puede, no obstante, dar lugar a una violación del artículo 3 del CEDH.

110. CREPEAU, F., *Droit d'asile: de l'hospitalité...*, op. cit., pág. 285.

mente ciertos miembros de la minoría kurda<sup>111</sup>. La elección de los miembros corre el riesgo de ser más política que técnica. Y al final, son los refugiados los que pierden, en un procedimiento normal quizás lograrán reunir las pruebas contra el Estado perseguidor, pero en un procedimiento acelerado es prácticamente imposible.

Y si difícil será llegar a un acuerdo para crear la lista entre todos los países europeos, más lo será modificarla en función de los cambios políticos, requeriría una serie de consultas y debates mientras que la vida de personas está en juego.

Estas nuevas actitudes traducen un propósito de restringir, rechazar y expulsar en su caso lo que evidentemente supone en principio la desprotección de los derechos humanos. En algunos casos ha supuesto una merma de la protección y quizás hasta una sustitución del modelo de asilo tradicional de algunos países. Estos textos contienen disposiciones que pueden afectar al ejercicio tradicional del derecho de asilo.<sup>112</sup>

## *B. La política de asilo tras la Unión Europea.*

### *B.a. El régimen del Tratado de Maastricht.*

El Tratado de la Unión Europea entra en vigor el primero de noviembre de 1993. Las estipulaciones del mismo en materia de asilo aparecen unidas a las de inmigración y estatus de nacionales de terceros Estados en el llamado "tercer pilar", en cuyo Título VI (artículos K: cooperación en materia de justicia y asuntos de interior<sup>113</sup>), artículo

111. CREPEAU, F., *Ibid.*, pág. 288

112. ROSSETTO, J., "Les Conventions Europeennes ...", *op. cit.*, pág.55

113. El asilo se ha caracterizado como un asunto de interior, que no de jurisdicción interna, porque en cierta medida debordan la competencia doméstica de los Estados miembros y presentan un interés colectivo en su tratamiento y soluciones. ESPADA RAMOS, M.L., *Europa, ciudad abierta?...*, *op. cit.*, pág. 136.

K 1<sup>114</sup> son definidas como “ámbitos de interés común”, porque son esenciales para la realización de los fines de la Unión y en particular, de la libre circulación de personas. De los 9 ámbitos de cooperación, en cierta medida, priorizados entre sí, el asilo aparece en primer lugar, la razón podría estar en el grado de madurez y consenso alcanzado entre los Estados miembros que se prestarían más rápidamente a acciones de efecto inmediato. El Convenio de Dublín y de Schengen parecen haber proporcionado la madurez suficiente para ello<sup>115</sup>.

Estas materias siguen siendo reguladas en la vía intergubernamental<sup>116</sup>, el Tratado de la Unión Europea incor-

114. Artículo K 1 : “Para la realización de los fines de la Unión, en particular la libre circulación de personas, los EM consideran de interés común los ámbitos siguientes :

1. la política de asilo.
2. el cruce de personas por las fronteras exteriores de los EM y los controles sobre esas personas.
3. la política de inmigración y la política relativa a nacionales de terceros Estados (acceso al territorio de los EM, circulación, condiciones de estancia, acceso al empleo, lucha contra la inmigración irregular).
4. lucha contra la toxicomanía.
5. la defraudación a escala internacional.
6. la cooperación judicial en materia civil.
7. la cooperación judicial en materia penal.
8. la cooperación aduanera.
9. la cooperación policial para la prevención y la lucha contra el terrorismo, tráfico ilícito de drogas y otras formas de delincuencia internacional.”

115. A partir de aquí la enumeración se vuelve heterogénea, un auténtico cajón de sastre. Las primeras descritas están próximas a la garantía de los derechos humanos, que exigiría un cuidadoso tratamiento por la vía de la justicia y no la de interior, porque se trata de derechos individuales. En otro caso, se trata de situaciones y conductas anti sociales e incluso de delincuencia y terrorismo que exigen el máximo rigor policial. El TUE ha refundido actuaciones de Justicia y actuaciones de la Seguridad y el Orden Público. Ello suscita recelos, pues la justicia debe garantizarlos derechos de los individuos sin que puedan ser rozados mínimamente por actuaciones gubernamentales o policiales. ESPADA RAMOS, M.L., *Europa, ciudad abierta?...*, op. cit., págs: 159-160

116. Únicamente, se prevé la vía comunitaria para el artículo 100 C respecto de la política de visados: En virtud de dicho artículo se adopta

pora e institucionaliza comunitariamente este esquema para avanzar en los ámbitos de “interés común”. Se trata de dinamizar de nuevo lo intergubernamental como motor de arranque, para pasar subsiguientemente, a una progresiva comunitarización, según el artículo K.9<sup>117</sup>, llamado “la pasarela”.

En resumen, “interés común” significa un marco reglado de cuestiones que se han de substanciar por la cooperación intergubernamental, pero que no se pueden equiparar a instrumentos o métodos comunitarizados y por tanto integrados jurídicamente y sujetos a control parlamentario y jurisdiccional.

La categoría de “interés común” presupone la existencia de problemas comunes que requieren soluciones colectivas. Así, el artículo K.3 faculta al Consejo, a iniciativa de un Estado miembro o de la Comisión, para adoptar *posiciones comunes*<sup>118</sup>, *acciones comunes*<sup>119</sup>, así como para celebrar *convenios*<sup>120</sup> recomendando su adopción a los Estados miembros, según sus respectivas normas constitucionales.

De esta forma, en concreto para el asilo se preveía lo siguiente:

“1. La Conferencia conviene en que, en el marco de los trabajos previstos en los artículos K.1 y K.3 de las

---

el Reglamento CE, nº 2317/95 del Consejo de 25 de septiembre de 1995 por el que se determinan los países terceros cuyos nacionales deben estar provistos de un visado al cruzar las fronteras exteriores de los Estados miembros. DOCE L 234, de 3 de octubre de 1995.

117. ESPADA RAMOS, M.L., *Europa, ciudad abierta?...*, *op. cit.*, pág. 133.

118. Sería una decisión del Consejo en la que define principios o interpretaciones compartidas que han de ser incorporados como elementos de la política exterior de cada Estado miembro, apuntando incluso a que no queda descartada la posibilidad de una incorporación también al ámbito interno de actuación. Se trata pues de una obligación de comportamiento. ESPADA RAMOS, M.L., *ibidem*, pág. 164.

119. Evoca dos posibilidades legislativas o normativas a implantar en el interior del Estado miembro y en sus relaciones con otros Estados. Es también una obligación de resultado., ESPADA RAMOS, M.L., *Ibidem*, págs: 164-165.

120. Instrumento de naturaleza nítidamente internacionalista.

disposiciones sobre cooperación en los ámbitos de justicia y en los asuntos de interior, el Consejo estudiará prioritariamente las cuestiones referentes a la política de asilo de los Estados miembros, con la finalidad de adoptar, a principios de 1993, una acción común destinada a armonizar algunos de sus aspectos, a la luz del programa elaborado a petición del por el Consejo europeo de Luxemburgo de 28 y 29 de junio de 1991.

2. En este contexto, el Consejo estudiará también, antes de que finalice 1993 y basándose en un informe, la posibilidad de aplicar al artículo K 9 a estas materias.”

En función de esta Declaración aneja al Tratado deducimos que sobre asilo el “interés común” es algo más que una simple cooperación, es una búsqueda de un posible tratamiento común, para solucionar rápidamente los problemas que a Europa plantean las demandas de asilo. Parecía dar a entender que en poco tiempo sería un ámbito lo suficientemente maduro para intentar la pasarela.

Sin embargo, el 20 de junio de 1994, el Consejo adoptó unas “Conclusiones sobre la posibilidad de aplicación del artículo K.9 del Tratado de la Unión Europea a la política de asilo”. En ellas se explicaba como a pesar de las ventajas reconocidas a la aplicación del K.9, aún no había llegado el momento de proponer dicha aplicación dada la reciente entrada en vigor del TUE. Hay que esperar al Tratado de Amsterdam para ver avances en este sentido.

Así las cosas se opta por seguir avanzando en la armonización.

En estos momentos la situación del asilo en Europa era alarmante. 1994 marca un giro fuertemente restrictivo, cuyas primeras manifestaciones fueron modificaciones legislativas internas a la baja. Se adoptan procedimientos acelerados para rechazar las solicitudes mal fundadas o abusivas sin entrar en el fondo, los procedimientos de expulsión no son suspendidos ante reposiciones de solicitud de demandas, falta de recursos. Se produce una excesiva rigidez y por tanto rechazo indiscriminado que empieza a poner en peligro el principio fundamental del *non refoulement* y contravenir el propio Tratado de la Unión,

cuando impone como referente el Convenio de Ginebra de 1951 en su artículo K.2<sup>121</sup>.

De modo progresivo, el Consejo JAI (Justicia y Asuntos de Interior)<sup>122</sup>, traza un programa de trabajo dulcificado en sus líneas de actuación y orientado prioritariamente hacia los aspectos de útil aplicación del Convenio de Dublín.

Veamos ahora, sus dos resoluciones principales que constituyen un paso importante para la armonización y fundamentales para el objetivo central de este trabajo.

*B.b. Resolución de 20 de junio de 1995 sobre "garantías mínimas en los procedimientos de asilo". (Resolución 5585/95).*

Esta Resolución tiene como finalidad armonizar las garantías procedimentales mínimas que deben dispensar los Estados parte a los solicitantes de asilo en el examen y tramitación de sus solicitudes, dentro del marco de garantías previstas en la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, ratificada por todos los Estados de la Unión Europea.

Esta resolución cumple con muchas de las "garantías mínimas" sobre procedimientos de asilo que han reiterado tanto el ACNUR como las recomendaciones al respecto del Consejo de Europa.

Podemos clasificar las garantías que deben dispensarse de la siguiente forma<sup>123</sup>:

-garantías relativas al examen de la solicitud: así, menciona la obligada regulación jurídica de los procedimientos, que el examen de la solicitud de asilo debe realizarse por una autoridad cualificada e independiente; que el solicitante de asilo tiene derecho de audiencia, aportación de

121. ESPADA RAMOS, M.L., *Ibíd.*, pág. 185.

122. Anteriormente reunidos en el Grupo *Ad Hoc Inmigración*.

123. BODELÓN, G. "La política de asilo", *op. cit.*, pág. 121.

pruebas y derecho a recurrir contra la desestimación de su solicitud; y que la solicitud se examine con rapidez.

-derechos en el marco de procedimiento de examen, recurso y revisión: derecho a la intimidad de los datos del solicitante, derecho a la información sobre el procedimiento y su situación jurídica sobre el mismo, que tiene también derecho a la asistencia de abogado e interprete; a recabar la asistencia del ACNUR u otras organizaciones de ayuda, derecho a ser oído personalmente por un funcionario competente, derecho a resolución por escrito, motivada y con expresión de recursos, derecho a un plazo para preparar e interponer recurso y derecho a permanecer en el Estado que estudia su solicitud mientras esta se resuelve.

-garantías relativas a personas que cumplen los criterios del estatuto de refugiado, entre los que se mencionan la posibilidad de no hacer uso en su plena extensión de las cláusulas de excepción de la Convención de Ginebra de acuerdo con los derechos nacionales y la previsión en principio, del derecho a residir en el Estado miembro que examino la solicitud de asilo. También se establecen garantías específicas para el caso de menores no acompañados y mujeres.

Evidentemente, esta Resolución marca un hito importante en cuanto excepción en el proceso de restricciones al asilo. No obstante, AI y ECRE han criticado algunas de las previsiones de la citada Resolución, especialmente el carácter no suspensivo del recurso planteado contra la declaración de una solicitud de asilo “manifiestamente infundada”. (Puntos 21 y 22)

Por otro lado, para las solicitudes manifiestamente infundadas y aquellas presentadas en frontera, para las cuales caben posibles excepciones al derecho de entrar y permanecer en el territorio hasta la resolución. (Puntos 24 y 25). Todas estas críticas son compartidas por ACNUR, para el que es particularmente alarmante que desaparezca el efecto suspensivo de las apelaciones en numerosos casos<sup>124</sup>.

124. VAN DER KLAUW, J., “Refugee Protection in Western Europe: a UNHCR perspective”, *Europe and Refugees: a challenge?*, *op. cit.*, pág. 237.

Es particularmente interesante la referencia que se hace, a propósito de las solicitudes de asilo manifiestamente infundadas, a que no debería haber motivo ni de hecho ni de derecho para reconocer el estatuto de refugiado a un solicitante de asilo, nacional de otro Estado miembro<sup>125</sup>.

125. Este tema fue objeto de grandes debates doctrinales, sobre todo en España, al ser uno de los objetivos de nuestro gobierno en la reforma del Tratado de Maastricht. Tras la cumbre de Dublín cuyo compromiso político daba plena satisfacción a las demandas españolas, el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los refugiados y Amnistía Internacional criticaron estos acuerdos porque a su juicio podría vulnerar los Convenios de Ginebra sobre Refugiados y el de Roma para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. Aumentaron los recelos de países con tradición de acogida, sobre todo los escandinavos y Francia. Muchos de ellos tenían además tener que reformar sus Constituciones, y para ello, afrontar consultas populares. Poco a poco, el gobierno español se vio obligado a rebajar su propuesta para poder llegar a un acuerdo en la Conferencia Intergubernamental. Afortunadamente, el Tratado de Amsterdam rechaza la propuesta española. Se establece como regla general, dado el grado de protección de los derechos y libertades fundamentales, que los Estados miembros de la Unión se consideran entre sí "países seguros" a todos los efectos jurídicos y prácticos en relación con asuntos de asilo. Se niega en principio, la posible persecución por motivos políticos necesaria para la obtención del estatuto de refugiado según la Convención de Ginebra de 1951. Por tanto sólo en casos excepcionales se puede otorgar el estatuto de refugiado a ciudadanos europeos nacionales de algún Estado miembro. Podemos distinguir dos situaciones entre las cuatro excepciones que se contemplan : Por un lado, encontramos aquellos supuestos, altamente politizados, en los que la premisa de países seguros fallara porque los derechos fundamentales no estuvieran completamente protegidos o se constatará violación. Así se nombran los casos en que:

1. el Estado miembro del que el solicitante es nacional, adoptara medidas que establezcan en su territorio excepciones a sus obligaciones con arreglo al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Artículo 15.

2. Iniciado el procedimiento del artículo F1 apartado 1 : por el que el Consejo podrá constatar la existencia de una violación grave y persistente por parte de un Estado miembro de principios contemplados en el apartado 1 del artículo F (libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho), tras invitar al Gobierno del Estado miembro de que se trate a que presente sus observaciones. Así como en el caso en que ya haya constatado esa violación.

A parte de que seguimos confundiendo las figuras de asilo y refugio.<sup>126</sup>

*B.c. Posición común de 4 de marzo de 1996, relativa a la "aplicación armonizada de la definición del término refugiado conforme al artículo 1 de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados.*

Adoptada durante la última Presidencia española en 1995, sobre la base del artículo K.3, el Consejo pretende propiciar la unidad de criterios para el reconocimiento de la condición de refugiado entre los órganos administrativos competentes de los Estados miembros de la Unión Europea, lo cual constituye quizás el más importante aspecto de la armonización europea del derecho de asilo y también un paso atrás definitivo.

Dado que todos los Estados miembros son firmantes de la Convención de Ginebra de 28 de junio de 1951, y todos colaboran de manera activa y estrecha con el ACNUR, la base de tal armonización viene determinada por el artículo 1.A.2 de la Convención y el Manual de Procedimientos y Criterios para determinar la condición de

---

Por otro lado, el caso en que un Estado decidiera unilateralmente, declarar admisible la demanda de asilo de un nacional de otro Estado miembro. En este supuesto, objeto de la controversia y donde vemos el respeto pleno por la soberanía de los Estados en su evaluación de las demandas de asilo y fallado el intento del gobierno español, únicamente se exigen requisitos procedimentales:

1. informar inmediatamente al Consejo. Donde supuestamente el Estado afectado presionará y defenderá sus intereses, pero que no implica otra cosa que los Estados miembros tomen nota de la situación sin más connotaciones jurídicas.

2. Atender la solicitud basándose en la presunción de que es manifiestamente infundada. Con lo cual se seguirá un procedimiento acelerado que en todo caso no afectará la facultad de toma de decisiones del Estado miembro. La soberanía de cada Estado, con sus propios procedimientos judiciales, quedaba incorporada al Tratado.

126. BRUYCKER, P., "D'un système européen d'asile ...", *op. cit.*, pág. 177.

refugiado publicado por ACNUR. Aunque, como se verá, no sigue escrupulosamente la Guía del Alto Comisionado.

Esta posición común establece en primer lugar, algunas disposiciones generales referidas al estudio individual de las solicitudes de asilo y los aspectos a valorar para el reconocimiento de la condición de refugiado, poniendo el acento en la aportación, por el solicitante, de aquellos datos necesarios para acreditar la veracidad o credibilidad de su alegato, sin exigirse la confirmación de los hechos punto por punto, de manera que se concede al solicitante el beneficio de la duda, a no ser que existan razones de peso que se opongan a ello.

El núcleo central de la Posición Común radica en la delimitación del concepto de “persecución” que motiva el desplazamiento del solicitante y la concesión de protección. La persecución contiene los siguientes aspectos:

Según el apartado 4 de esta norma, para hablar de persecución es preciso que los hechos acaecidos al solicitante o que teme se puedan producir, constituyan un atentado grave a sus derechos humanos o una situación fáctica de imposibilidad de permanecer en su país de origen, y que tal atentado o situación se deba a algunos de los motivos discriminatorios contemplados en la Convención de Ginebra.

Por tanto, no se puede alegar motivos distintos a los del artículo 1.A.2. Se ciñen a la estricta letra del Convenio.

Es necesario que la persecución emane de órganos estatales o de partidos y organizaciones con control sobre el Estado. También puede ser un tercero siempre que los poderes públicos fomenten autoricen, o permanezcan inactivos ante la persecución, teniendo en cuenta el carácter involuntario de la inactividad y la jurisprudencia nacional de cada Estado miembro. Con lo cual la desgraciadamente frecuente persecución por grupos militares o paramilitares disidentes que escapan al control del gobierno y que pueden provocar limpiezas étnicas, así como otras violaciones de derechos humanos no sería motivo de asilo en un Estado de la Unión.

La referencia a una situación de guerra civil o de conflicto interno violento o generalizado y a los peligros que presenta no es suficiente por sí sola para justificar el reconocimiento de la condición de refugiado. En principio, el recurso a la fuerza armada no se considera persecución cuando se ajuste a las normas internacionales sobre el Derecho de los conflictos armados y a las prácticas reconocidas a nivel internacional pero sí cuando responda a los criterios de persecución antes definidos.

La interpretación que se hace del viejo texto ginebrino se aleja mucho del concepto de refugiado que a nivel internacional parece urgir. Se está excluyendo a los refugiados reconocidos por el ACNUR y en los regímenes regionales sobre la materia. Europa se ha definido, negándose a hacer una interpretación adecuada del artículo 1.A.2 donde, como vimos, encajaban los refugiados de la violencia<sup>127</sup>.

Además, es necesario que el interesado no pueda encontrar protección eficaz en otro lugar de su propio país. Con lo que se estimula y fomenta el desplazamiento interno. Aquellos que sufran temor de persecución, no deberían cruzar la frontera del país que les amenaza. La alternativa de huida interna no estaba incluida en la Convención de Ginebra<sup>128</sup>.

Por último, el temor a ser condenado a penas por objeción de conciencia, insumisión o desertión se examinará individualmente.

La Comisión de Libertades Públicas y Asuntos interiores del Parlamento Europeo en su informe sobre los principios generales de una política europea de refugiados de 3 de diciembre de 1993 (A3-0402/93), consideraba que,

127. El profesor HAILBRONNER, destaca la importancia de incluir en una armonizada interpretación del concepto de refugiados, el modelo de la Convención de la OUA y la Resolución de Cartagena HAILBRONNER, K., "Perspectives of an Harmonization of the law of Asylum ...", *op. cit.*, pág. 930.

128. GORTAZAR ROTAECHE, C., *Derecho de asilo...*, *op. cit.*, pág. 269

“las razones por las que las gentes huían de sus países han evolucionado y que las guerras civiles y las persecuciones religiosas y étnicas, las catástrofes naturales y las violaciones masivas de los derechos del hombre empujan a millones de personas a dejar su patria”.

El Parlamento Europeo entendió que una política actualizada sobre refugio debería englobar no solamente a todos los que la Convención reconoce como refugiados sino también a todos aquellos que tienen una necesidad de protección por el hecho de las circunstancias concretas en que se encuentran. Por ello proponían una definición de refugiado como,

“una persona que ha huido de su país, o que no desea volver porque su vida, su seguridad o su libertad están amenazadas por una situación de violencia generalizada, de agresión extranjera, de conflictos internos, de violación masiva de derechos del hombre, o de cualquier otra circunstancia que perturbe el orden público”.

Estamos muy lejos de estas consideraciones.

#### *A.c. Hacia la comunitarización del asilo.*

El Tratado de Amsterdam se firma el 2 de octubre de 1997 y se encuentra en periodo de ratificación.

Del conjunto del Tratado de Amsterdam nos va a interesar estudiar en lo tocante a nuestro tema la primera parte del Tratado, las modificaciones sustantivas, ya que ni la parte de simplificación ni la de disposiciones generales y finales nos afecta. Así como algunos Protocolos y Declaraciones, tanto las adoptadas como de las que tomó nota la Conferencia.

En este apartado nos llama inmediatamente la atención su artículo 1º que analiza las modificaciones sustanciales al Tratado de la Unión Europea, en el que se señala la sustitución del artículo B del anterior Tratado que se dedicaba a los objetivos de la Unión. Entre estos se incorpora el “mantener y desarrollar la Unión como un *espacio de libertad, seguridad y justicia*, en el que esté garantizada la libre

circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas respecto al control de las fronteras exteriores, el asilo, la inmigración y la prevención y la lucha contra la delincuencia”.

De esta forma, el Tratado de Amsterdam incorpora al proceso de integración europea y constitucionaliza dentro del artículo B un nuevo y más preciso objetivo de la Unión Europea.

El régimen previsto por el TUE con objeto de mantener y desarrollar el indicado espacio de libertad, seguridad y justicia queda ahora edificado sobre estas bases:

- Creación de un nuevo Título del TUE que regula la acción comunitaria en gran parte de los “ámbitos de justicia y de los asuntos de interior”, que son así sustraídos del ámbito del Título VI del TUE.
- Mantenimiento del Título VI del TUE, que se limita ahora a recoger las “Disposiciones sobre cooperación policial y judicial en asuntos penales” y se modifica parcialmente para aproximar su funcionamiento a los procedimientos y medios “comunitarios”.
- Incorporación por medio de un Protocolo especial del “acervo Schengen” dentro del marco de la UE.
- Establecimiento de disposiciones destinadas a flexibilizar el régimen aplicable por dos vías. En primer lugar, mediante la introducción de soluciones de “geometría variable” para regular, dentro de un nuevo orden, la situación de Irlanda, el Reino Unido y Dinamarca. En segundo término, a través de la admisión de técnicas de “cooperación más estrecha”, de una parte sobre la base de una cláusula habilitante específica incluida en el Título VI del TUE y, de otra, por medio de la regulación específica establecida por el Protocolo sobre introducción del acervo Schengen en el marco de la Unión Europea.

Así, el nuevo Título III bis del TCE, supone “la comunitarización de la política de asilo”.

De acuerdo con el apartado 15 del artículo 2 del Tratado de Amsterdam, el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea quedará modificado insertándose en la Tercera Parte un nuevo *Título III bis* (artículos 73 I a 73 Q) dedicado a “visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas”.

De este modo, una parte muy sustancial de los “ámbitos de la justicia y de los asuntos de interior”, prácticamente todos los relacionados con la libre circulación de personas en el territorio de la UE, pasan al área del TCE, si bien con la previsión general (artículo 73 L.1 del TCE), respetuosa con el núcleo duro de la soberanía interior, de que las disposiciones del Título no afectarán al ejercicio de las responsabilidades que competan a los Estados miembros para el mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior; y que, de acuerdo con la Declaración nº 19 relativa a este artículo 73 L.1, los Estados miembros podrán tener en cuenta consideraciones de política exterior al ejercer sus responsabilidades. De otra parte, también en los términos generales del artículo 73 L.2 se establece la posibilidad de que el Consejo, por mayoría cualificada y a propuesta de la Comisión, pueda adoptar medidas provisionales por un plazo de seis meses en favor del Estado o Estados miembros que se enfrentan a una situación de emergencia por la llegada repentina de nacionales de un tercer país<sup>129</sup>.

En el artículo 73 I se nos anuncia que en el plazo de 5 años a partir de la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam el Consejo adoptará medidas en los ámbitos de asilo, la inmigración y la protección de los derechos de los nacionales de los terceros países, medidas que luego especifica en el artículo 73K. Tal plazo no se impone, entre otras materias, en la adopción de medidas relativas al fomento del esfuerzo equitativo entre los Estados miembros en la acogida de refugiados y personas desplazadas y en la asunción de las consecuencias de dicha acogida. Y

129. OREJA AGUIRRE, M. (COORD) Y OTROS, *El Tratado de Amsterdam, análisis y comentarios*, vol. 1 y 2, Mac graw Hill, Madrid, 1998, pág. 269.

ello por que se trata de ámbitos en los que la acción reguladora ha sido hasta el momento poco relevante si se tiene en cuenta la urgencia y gravedad de los problemas que debe afrontarse.

El análisis realizado sobre la política de asilo en Europa se mantiene 5 años.

#### CONCLUSIÓN

La puesta en marcha de la Europa sin fronteras internas con una "segura" frontera común, está resultando muy perjudicial para los solicitantes de asilo. Conseguir protección en alguno de los Estados de la Unión Europea se ha convertido en una carrera de obstáculos a menudo insalvables. Y esto ocurre cuando somos testigos de nuevos conflictos internacionales donde la desesperación económica con la violencia generalizada y las disputas étnicas nos han mostrado atrocidades que no esperábamos volver a ver desde la Segunda Guerra Mundial, y que provocan el éxodo de miles de personas en todo el mundo.

Europa reacciona cerrando sus fronteras, intentando parar los flujos migratorios con medidas restrictivas a la entrada de extranjeros, medidas que afectan también a la clásica institución del asilo, pues se considera que estaba siendo utilizada como vía de inmigración. Con ese espíritu nacen los Convenios de Dublín sobre determinación del Estado responsable del examen de una demanda de asilo de 1990 y el Convenio de Schengen de 1985 y su Convenio de Aplicación de 1990. En los cuales se adopta un concepto restrictivo de asilo identificándolo con el concepto de refugiado del Convenio de Ginebra de 1951, artículo 1.A.2, con el único objeto de limitar la protección a las situaciones de persecución política en sentido estricto. A su vez, se adoptan una serie de medidas policiales de control de inmigración, como la combinación de la política de visados con las sanciones a transportistas que van a provocar el rechazo injustificado de solicitantes de asilo sin ni siquiera un examen de sus méritos, incompatible con las obligaciones de los Estados en la materia.

Tras las Resoluciones de 1992 del Grupo Ad Hoc Inmigración se afianzan los obstáculos, se adoptan procedimientos acelerados para rechazar solicitudes manifiestamente infundadas sin entrar en un examen del fondo, se establecen listas de países seguros, acuerdos de readmisión de extranjeros en situación irregular sin estudiar su caso ni establecer garantías sobre el examen de su demanda en ese país, se producen expulsiones por supuestos fraudes o por inadecuada fundamentación y una evidente precariedad en las vías de recursos.

Tras el Tratado de la Unión Europea, la Posición común relativa a la aplicación armonizada de la definición del término refugiado conforme al artículo 1 de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, interpreta restrictivamente el concepto de refugiado por si pudiera quedar alguna duda sobre las medidas a adoptar frente a los colectivos que huyen y cuyos riesgos vitales afectan a la vida y libertad bajo otras formas a las previstas en la postguerra pero que podrían encajar en una interpretación adecuada a las nuevas dimensiones del asilo.

Estas medidas nos colocan en un franco retroceso en cuanto a la defensa de los derechos humanos fundamentales.

Se ha restringido el reconocimiento de la condición de refugiado y por tanto de la institución del asilo procediéndose a un vaciado de la propia Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Europa construye una muralla de normas, prohibiciones y exigencias administrativas y es, como dice el profesor HAILBRONNER, una ilusión pensar que el problema del incremento del número de solicitantes de asilo puede ser resuelto con esas medidas<sup>130</sup>.

Los problemas migratorios, de desplazados, refugiados en masa y asilados que desbordan a veces a los Estados,

130. A pesar de las restrictivas medidas adoptadas a nivel europeo, muchos solicitantes de asilo siguen encontrando la forma de llegar a Europa, con documentación falsa, visa de turista, visa de tránsito, y otras vías. HAILBRONNER, *Ibid*, págs: 348 y 356.

son un problema de las relaciones sociales y económicas internacionales que reclama un enfoque global y de coherencia en los programas de cooperación para el desarrollo respecto a las condiciones políticas de los países de origen de la inmigración o huida<sup>131</sup>.

Como recordaba el profesor CARRILLO SALCEDO, el Preámbulo de la Convención de 1951 declaraba que “considerando que la concesión del derecho de asilo puede resultar excesivamente onerosa para ciertos países y que la solución satisfactoria de los problemas cuyo alcance y carácter internacionales han sido reconocidos por las Naciones Unidas no puede, por esto mismo, lograrse sin *solidaridad internacional*”. La solidaridad, por consiguiente, fue invocada en 1951 como uno de los fundamentos del régimen de protección a refugiados entonces instituido<sup>132</sup>. Europa no puede cerrar sus fronteras debe guiarse por la solidaridad, la cooperación es el único cauce de solución. Y la cooperación a través del derecho, un Derecho Internacional del que dijera KANT tiene como primer fundamento: *la hospitalidad*<sup>133</sup>.

131. ESPADA RAMOS, M.L., *¿Europa, ciudad abierta?...*, *op. cit.*, pág. 143.

132. CARRILLO SALCEDO, J.A. “Refugiados y solidaridad internacional”, *Refugiados: Derecho y Solidaridad*, ACNUR, Consejo General del Poder Judicial, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1994, pág. 180.

133. KANT, *Proyect de paix perpétuelle, Oeuvres III, Les derniers écrits*, NRF-Gallimard, París, pág. 350-353.

SE ACABÓ DE IMPRIMIR ESTE LIBRO CON EL TÍTULO  
*LA DESPROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS*  
EN LOS TALLERES DE EUROPA ARTES GRÁFICAS, S.A.  
BAJO LA DIRECCIÓN DEL SECRETARIADO DE  
PUBLICACIONES DE LA UNIVERSIDAD DE HUELVA  
EL DÍA 17 DE NOVIEMBRE DE 1998 FESTIVIDAD  
DE SANTA ISABEL DE HUNGRÍA  
PROTECTORA DE LOS DÉBILES  
Y NECESITADOS

