



# EGUZKILORE

(Flor protectora contra las fuerzas negativas)

Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología  
San Sebastián, N.º 8 Extraordinario. Diciembre 1995.

## II Coloquio Internacional

“Racismo, Minorías, Cárcel y DD.HH.”

• <b>A. Beristain.</b> Presentación - Aurkezpena .....	10
<b>Acto de Apertura</b>	
• <b>J.A. Ardanza.</b> Mensaje del Excmo. Sr. Lehendakari .....	19
• <b>F. Mayor Zaragoza.</b> Mensaje del Director General de la Unesco .....	21
• <b>R. Jáuregui Atondo.</b> Minorías, discriminación y xenofobia .....	23
• <b>A. Giménez Pericás.</b> Los refugiados .....	33
• <b>J.L. Manzanares Samaniego.</b> El Refugiado y el Asilo .....	43
• <b>M. Retuerto Buades.</b> Emigración, DD.HH. de los extranjeros ..	55
• <b>W. Villalpando.</b> El refugiado: nuevas características .....	69
• <b>J.Mª Bandrés Molet.</b> Normas Internacionales y Nacionales .....	79
• <b>A. Beristain.</b> Minorías en el CE (1995) y las NN.UU. (1994) .....	85
• <b>E. Ruiz Vadillo.</b> La armonía del sistema jurídico .....	107
• <b>J. Giménez García.</b> Relación entre delincuente y víctima .....	119
• <b>T. Peters e I. Aertsen.</b> Mediación para la reparación .....	129
• <b>Mª A. Mtz. de Pancorbo.</b> Integración o preservación .....	149
• <b>A. Messuti.</b> Significado de la expresión Derechos Humanos .....	161
• <b>G. Picca.</b> Intégration sociale et exclusion sociale en Europe .....	175
• <b>M. Fernández Pérez y V. García-Redondo Ramos.</b> Tolerancia y antropología pedagógica de la comprensión .....	183
• <b>J. Castaignède.</b> La lutte contre les discriminations raciales .....	209
<b>Solemne Acto Académico y de Clausura</b>	
• <b>E. Galdós.</b> Solidaridad, fraternidad y paz .....	229
• <b>I. Oliveri Albisu.</b> Globalización, desigualdad y racismo .....	231
• <b>J.L. de la Cuesta.</b> Relación general .....	237

## EGUZKILORE

Número Extraordinario 8.  
 San Sebastián  
 Diciembre 1995  
 43 54

## EL REFUGIADO Y EL ASILO

Excmo. Sr. D. José Luis MANZANARES SAMANIEGO

*Vicepresidente del Consejo General del Poder Judicial  
 Magistrado del Tribunal Supremo  
 Madrid*

**Resumen:** Se estudia el tema de los refugiados exponiendo la política europea al respecto, el planteamiento del Derecho Comunitario y su regulación en el Tratado de Maastricht. Asimismo se analiza el derecho derivado en materia de asilo, para finalizar con la referencia al tratamiento de este fenómeno en el sistema español.

**Laburpena:** Lan honetan errefuxiatuen gaia ikertu egiten da, honi buruzko europar politika, Komunitatezko Zuzenbidearen aurkezpena eta bere arauketa Maastricht-eko Tratatuan azalduz. Era berean Zuzenbidea asiloaren gaian duen eratorria aztertzen da, sistema espainiarrean fenomeno honen tratamentuari buruzko aipamen bat eginez.

**Résumé:** On étudie la situation des réfugiés en révisant la politique européenne à ce sujet, l'exposé dans le Droit Communautaire et son traitement dans le Traité de Maastricht. De même, on analyse le droit dérivé en matière d'asile, pour finir avec la référence à ce phénomène dans le système espagnol.

**Summary:** The refugee problem is studied, and european policy in the matter, the planning in community Law and its regulation in Maastricht Treaty are explained. Likewise, derived Law about asylum subject is analyzed, to finish with a reference to the treatment of this phenomenon in spanish juridical system.

**Palabras clave:** Refugio, Asilo, Derecho Comunitario, Tratado de Maastricht.

**Hitzik garrantizkoenak:** Errefuxiatu, Asiloa, Komunitatezko Zuzenbidea, Maastricht eko Tratataua.

**Mots clef:** Refuge, Asile, Droit Communautaire, Traité de Maastricht.

**Key words:** Refuge, Asylum, Community Law, Maastricht Treaty.

## I. INTRODUCCION

Como tuve ocasión de señalar durante el Coloquio Internacional celebrado en esta misma ciudad, en Abril de 1994, por el Instituto Vasco de Criminología., el tema de los refugiados y su regulación ofrece especial interés, no sólo desde el punto de vista sociológico, sino también desde el punto de vista jurídico. Presenta así un enfoque multidisciplinar que trasciende la mera perspectiva jurídica y, dentro de ésta, la del Derecho interno, abarcando materias propias del Derecho Internacional Público, del Derecho Constitucional y del Derecho Administrativo.

Se afirma que existen 17,5 millones de refugiados en el mundo, entendiendo este sustantivo en sentido amplio. Según recordé entonces, el informe presentado ante la Comisión Trilateral en Octubre de 1993 por Doris M. Meissner, Robert D. Hormats, Antonio Garrigues Walker y Shijuro Ogata cifraba el número de refugiados para 1970 en sólo 2'5 millones.

Aquel aumento es consecuencia de un flujo migratorio que deriva, según el mencionado informe, de las guerras que tuvieron lugar en los años 70 y 80, en las que el peligro para los no combatientes, así como su duración y efectos devastadores, provocaron masivos movimientos de población. A los casos de Camboya, Vietnam, Afganistán, Etiopía, Nicaragua o Sri Lanka se suman más recientemente los desplazamientos a Europa Central y Occidental de quienes huyen de las precarias condiciones de vida en los antiguos países del Este o de los nuevos nacionalismos más o menos racistas.

A los Jueces y Magistrados españoles corresponde en última instancia la concesión del "status" de refugiado, en virtud de lo dispuesto en los artículos 21 y 24 de la Ley 5/1984 de 26 de Marzo, que, desarrollando el artículo 13-4º de la Constitución, residencia en la jurisdicción contencioso-administrativa los recursos contra la denegación de asilo o refugio.

La faceta interna que indudablemente tiene el problema de los refugiados no autoriza a ignorar su vertiente internacional. El artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 10 de Diciembre de 1948, recogió la institución del asilo territorial en el sentido de que "en caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo y a disfrutar de él en cualquier país". Este principio es completado por la resolución 2312 (XXII) de la Asamblea General de 14 de Diciembre de 1967, a cuyo tenor la concesión de asilo es un acto humanitario y pacífico, la solidaridad internacional debe solucionar o paliar las dificultades con que tropieza un Estado para dicha concesión, y el principio del "non refoulement" ha de ser respetado a ultranza.

En íntima relación con la institución del asilo territorial se encuentra la protección de los refugiados. A esa finalidad responde una importante acción por parte de las Naciones Unidas. Además de la creación del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) (resolución de la Asamblea General 319 (IV) de 3 de Diciembre de 1949) se adoptaron, en el seno de la organización dos importantes instrumentos: de una parte, la Convención relativa al estatuto de los refugiados de 18 de Junio de 1951 y, de otra, el Protocolo relativo al Estatuto de los Refugiados de 31 de Enero de 1967.

España se adhirió el 22 de Junio de 1978 a los instrumentos convencionales mencionados en el párrafo anterior y, más tarde, dando cumplimiento a lo preceptuado por el artículo 13-4º de la Constitución, promulgó el 26 de Marzo de 1984 la Ley Reguladora del Derecho de Asilo y la condición de Refugiado. Su reglamento fue aprobado por el Real Decreto 511/1985, de 20 de Junio. Finalmente, la Ley 9/1994, de 19 de Mayo, modificó la primitiva Ley de 1984, y el Real Decreto 203/1995, de 10 de Febrero, hizo lo mismo con aquel Reglamento. El telón de fondo sigue siendo la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los refugiados, de 28 de Julio de 1951. Sólo son refugiados quienes tienen fundados temores de ser perseguidos por "motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas". Quedan fuera los que únicamente buscan trabajo o una mejora general de su vida.

## II. PLANTEAMIENTO EN EL DERECHO COMUNITARIO

La declaración número 31, relativa al asilo, aneja al Tratado de Maastricht, dispone:

"1. La Conferencia conviene en que, en el marco de los artículos K.1 y K.3 de las disposiciones sobre cooperación en los ámbitos de la 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 alguno de sus aspectos a la luz del programa de trabajo y de los plazos estipulados en el informe sobre asilo elaborado a petición del Consejo Europeo de Luxemburgo en los días 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 el artículo K.9 a estas materias".

En el texto del TUE., el Título VI, "tercer pilar" de la Unión, señala como uno de los objetivos de la misma, en el artículo K.1.1, "la política de asilo".

La preocupación por esta materia está bien justificada, si se tiene en cuenta que las solicitudes de asilo en la Comunidad Europea saltaron de 156.000 en 1988 a 321.500 en 1990, y en 1993 se cifraron en 559.829, de las que el 78% correspondieron a Alemania (Fuente: Doc. nº 4.464/95 de 13.3.95, Consejo de la Unión Europea, p. 84 y Manzanares, en *Coloquio Internacional*, San Sebastián, Diciembre de 1994. *Eguzkilore*, nº 7, p. 198). España registra un aumento espectacular en el ingreso de extranjeros, que pasa de 130.000 en 1980 a 450.000 en 1992. Entre Enero y Octubre de 1992, se presentaron 9.000 solicitudes de asilo, lo que representa un aumento del 28% respecto a igual período de 1991 (Fuente: Varela, en *Revista de Documentación*. Ministerio del Interior, Diciembre de 1992. p. 17).

Es lógico que ante tal avalancha, hoy surja la sospecha de que se está produciendo un fraude de ley y que en una buena parte, tales peticiones sean manifiestamente infundadas.

La política de asilo, como toda acción política, se asienta sobre opciones que escapan al jurista y que implican su ubicación en ámbitos exentos del control jurisdiccional. El jurista, no obstante, debe buscar precisiones positivas que enmarquen tales políticas. Esta exposición trata de encontrar algunas coordenadas, explícitas o implícitas, en los textos básicos que se acaban de citar.

### **III. EL MARCO NORMATIVO DEL “TERCER PILAR” DEL TRATADO DE MAASTRICHT (COOPERACION EN ASUNTOS DE JUSTICIA E INTERIOR)**

Todo el Título VI del TUE se fundamenta en una filosofía diferente del “pilar comunitario”, puesto que se asienta en el principio de la cooperación intergubernamental o interestatal, y no en una filosofía integracionista.

En este sentido se entiende que el tercer pilar representa un retroceso o al menos no significa un avance (Ver. Labayle, en *Les Accords de Maastricht et la Constitution de L'Union Européenne*, Montchrestien, 1992, p. 147 y ss.).

Las nueve áreas de actuación contenidas en el artículo K.1 se consideran como “asuntos de interés común” de los Estados y no como materias genuinamente comunitarias. Entre esas materias se encuentran las relativas al asilo (K.1.1).

Aunque el principio de la unidad institucional tiene carácter estructural en el TUE (artículo C, del Título I), existe una diversidad funcional (artículo E), de suerte que las instituciones (Consejo, Comisión, Parlamento, Tribunal de Justicia) ejercen sus poderes de manera diferente según el “pilar” en el que actúen. El ejemplo más significativo es la “desjudicialización” de todo el Título VI (incluida la cooperación judicial), sin duda por la naturaleza política que anida en las diversas áreas de ese Título (Disposición Final L), y que se avienen mal con el control judicial, dado el marco de discrecionalidad y oportunidad política que entrañan.

Un segundo principio estructural de este Título VI es el de mantener de manera irreversible ciertas materias en el ámbito del “dominio reservado” de los Estados, como es la cooperación penal, mientras que otras materias como la cooperación judicial civil o *el derecho de asilo* pueden ser desplazadas desde el terreno de la cooperación intergubernamental al marco comunitario, a través de la llamada “pasarela” del artículo K.9, de forma que por decisión según la regla de la unanimidad, el Consejo puede aplicar a tales materias la técnica de la “armonización de legislaciones”, prevista en el artículo 100 y ss. del Tratado de la CEE.

No es probable, sin embargo, que tal pasarela se aplique a corto plazo, puesto que tanto el Consejo como la Comisión consideran que es prematuro tal paso (Fuente: Conclusiones del Consejo de la Unión Europea sobre la posibilidad de la aplicación del artículo K.9. Doc. 4.464/95 de 13.3.95, p. 136). Así se entiende, por el momento, la Declaración nº 31 citada al principio.

#### IV. FUENTES DEL TÍTULO VI

El artículo K.3 establece una fuente reconocible, como es la adopción de Tratados Intracomunitarios, sin excluir materia alguna. Tales Tratados no estarían sujetos a control del Tribunal de Justicia salvo que en virtud de un protocolo especial se atribuyere tal competencia, como ha sucedido en relación con el Convenio de Bruselas de 1968 sobre Competencia Judicial y Ejecución de Sentencias (Protocolo de Luxemburgo de 1971) y en relación con el Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales.

Hay dos fuentes atípicas, que son: – Posiciones comunes. – Acciones comunes.

Una “acción común”, en materia de asilo, está prevista en la Declaración nº 31.

Ninguna de estas fuentes se hallan definidas en el Título VI y habría que acudir, en una interpretación sistemática del Tratado, a otro Título, el V (PESC, política exterior y de seguridad común) para tener una orientación sobre su significado.

De acuerdo con esta técnica, las “posiciones comunes”, reflejarían una actitud concertada frente a terceros Estados y foros internacionales (v.g.: Naciones Unidas) y las “acciones comunes” se adoptarían como un reglamento de ejecución de unas bases establecidas por el Consejo Europeo. Las dos fuentes serían vinculantes para los Estados.

Las “acciones comunes” están moduladas por el principio de subsidiariedad, de acuerdo con el cual (artículo K.3.2 b) la Unión Europea sólo interviene cuando por razón de la dimensión o los efectos no sea suficiente la acción aislada de los Estados.

El principio de subsidiariedad está recogido en dos lugares del Tratado de Maastricht:

- En el “pilar comunitario”, relativo a la Comunidad Europea (artículo 3 B).
- En el “tercer pilar”. Título VI, artículo K.3 2 b).

La letra de tales preceptos es la siguiente:

- Artículo 3 B:

“La Comunidad actuará dentro de los límites de las competencias que le atribuye el presente Tratado y de los objetivos que éste le asigna.

En los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad interviendrá, conforme al principio de subsidiariedad, sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario.

Ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente tratado”.

- Artículo K.3 2 b):

“El Consejo podrá ...

b) adoptar acciones comunes, en la medida en que los objetivos de la Unión puedan alcanzarse más fácilmente por medio de una acción común que por la acción aislada de los Estados miembros en razón de las dimensiones o de los efectos de la acción de que se trate: el Consejo podrá decidir que las medidas de aplicación de una acción común sean aprobadas por mayoría cualificada”.

Hay alguna diferencia de redacción, pero ambos textos recogen la idea que nuclea el principio federal, según el cual en principio las decisiones deben tomarse en el espacio más próximo al individuo, los Estados en este caso, y excepcionalmente a nivel federal, en razón de las “dimensiones o los efectos” de una determinada acción.

En consecuencia, la aplicación de tal principio en el día a día está en función de los presupuestos que se tengan sobre “una cierta idea de Europa”.

En todo caso, debe recordarse que tal principio entra en juego sólo en relación a las “competencias compartidas”, pues si son exclusivas de la Unión ésta debe ejercerlas con carácter excluyente.

Desde posiciones “euroescépticas”, el principio de subsidiariedad se interpretará de manera que sean los Estados los protagonistas y sólo muy excepcionalmente, las Instituciones Comunitarias. A la inversa sucederá desde posiciones “eurooptimistas”.

En el caso concreto de Alemania, desde la Sentencia del Tribunal Constitucional de 1993 (Fuente: *Le jugement de la Cour Constitutionnelle fédérale allemande sur la constitutionnalité du Traité de Maastricht*. R.T.D.E.- Sep. 1994, p. 390 y s. Ver también *Libro Blanco de España de 2.3.95*, p. 77), juzgada como un retroceso, existiría una tendencia hacia la citada interpretación, manteniendo hasta donde sea posible el nivel de competencia del Estado, y por tanto el reparto mismo de competencias con los Länder.

Una hipótesis límite que apunta el Reino Unido iría en el sentido de hacer una revisión del acervo comunitario “descomunitarizando” materias y devolviéndolas al nivel nacional (Doc. 11.404/93, de 16.12.93, CK.14). España por el contrario, que ya se opuso en el “pre-maastricht” a la inserción de tal principio, se muestra radicalmente contraria a que la aplicación del mismo bloquee el progreso comunitario y alimente posiciones nacionalistas.

El servicio jurídico del Consejo se inclina hacia el valor vinculante de ambas fuentes en el dictamen al que se refieren las líneas siguientes (doc. 22.10.93, nº 9.500/93, *Jur/31*):

La forma jurídica que adoptará una “posición común” o una “acción común”, será la de un “Beschluss”. Se sugiere denominarlas, respectivamente: “Posición común adoptada sobre la base de la letra a) del apartado 2 del artículo K.3 del TUE”, y “Acción común adoptada sobre la base de la letra b) del apartado 2 del artículo K.3 del TUE”. Dicha decisión sui generis, para distinguirla de una decisión (“Entscheidung”) con arreglo a los artículos 189 y 191 del Tratado CEE, vinculará a los Estados miembros, que estarán obligados a adoptar un comportamiento que se ajuste a la posición común o a la acción común de que se trate. Deberá estu-

diarse caso por caso la cuestión de dilucidar si un “Beschluss” por el que se adopte una posición común o una acción común podría tener efectos respecto a terceros (terceros Estados, entidades jurídicas o particulares).

Puede indicarse finalmente que el principio de subsidiariedad es distinto del “principio de proporcionalidad”, contenido en el último párrafo del artículo 3B, como adecuación de medios a fines y que juega en todo caso, es decir, tanto en el caso de competencias exclusivas como compartidas.

## V. EL DERECHO DERIVADO EN MATERIA DE ASILO

### A) Acciones armonizadoras y posiciones comunes

El “corpus” más importante en materia de asilo existente en la Unión Europea, incluido el Convenio de Dublín, es anterior al Tratado de Maastricht. No es probable, por ello, encontrar en tal bloque las fuentes típicas previstas ahora en el Título VI. Al contrario, las grandes líneas se contienen en resoluciones de los diferentes Consejos Europeos o incluso en simples Declaraciones.

Entre estos textos pueden citarse los siguientes:

– *Declaración de Dublín de 15 de Junio de 1990*: que establece el principio fundamental de la conexión entre el Convenio de Dublín y el Convenio relativo al paso de las fronteras exteriores para la realización del espacio sin fronteras del artículo 8 A del TCEE.

– *Consejo de Lisboa de 11 y 12 de Junio de 1992*: sobre directrices generales para la aplicación del Convenio de Dublín y medios de prueba para evitar que se exija una “prueba diabólica”.

– *Consejo de Londres de 30 de Noviembre y 1 de Diciembre de 1992*, sobre traslado del solicitante del asilo.

– *Informe de los Ministros responsables al Consejo Europeo de Maastricht*, donde se hace un análisis pormenorizado de las políticas “armonizadoras”.

En tal documento se recoge la temática que reaparece en los programas de la Presidencia saliente (Francia) y de la entrante (española). En ese programa se contempla el problema clave de las peticiones manifiestamente infundadas.

*Informe sobre la ejecución del programa de Maastricht en materia de asilo elaborado en 1991*, donde se encuentra el texto de lo que luego sería la Declaración nº 31.

– Otras conclusiones o resoluciones sobre “países seguros” o sobre peticiones manifiestamente infundadas (Londres, 1992).

La técnica de la armonización, recogida en la Declaración nº 31 y desde antiguo en el artículo 100 del Tratado de Roma, como “aproximación”, no está exenta de dificultades conceptuales, hasta el punto de que en unos estudios ya clásicos se concluía que lo más que se puede decir es que armonización no es “unificación”, sino pura y simplemente, “un procedimiento de eliminación de los inconvenien-



tes que resultan para el Mercado Común de la multiplicidad y variedad de las legislaciones nacionales, y ello por la adecuación de esas legislaciones y no por la creación de un derecho comunitario propio". (Louis y Vignes. Vol. 5º. 1973, p. 157. Cit. por J.M.Z. en "Nuevas estrategias de cooperación judicial en el Tratado de la Unión". *B.I.M.J.*, 25.5.94, p. 2.827).

La acción común, prevista en la Declaración 31, sería una "acción común armonizadora" que debería ser adoptada por unanimidad (artículo K.4.3), lo que entraña serias dificultades.

Existe la posibilidad teórica de que en virtud de una decisión por unanimidad del Consejo se aplique el sistema de las *directivas*, que es la fuente comunitaria típica prevista en el artículo 100 del TCEE (excluyente del Reglamento). Ello se produciría por aplicación de la "pasarela" del artículo K.9, pero, como ya se adelantó, esa probabilidad está descartada a corto plazo.

El Consejo de la Unión, en la Reunión de Copenhague (Junio de 1993), resuelve de manera lacónica esta cuestión:

"El Consejo toma nota de que según la Comisión, la aplicación del artículo 4.9 presentaría ciertas ventajas pero, *al igual que dicha institución*, considera que aún no ha llegado el momento de proponer dicha aplicación dada la reciente entrada en vigor del TUE. No obstante, el Consejo estima que podría resultar oportuno volver a estudiar este asunto posteriormente, a la luz de la experiencia adquirida y a más tardar antes del fin de 1995".

Tras esta cuestión, aparentemente sólo técnica, anida un problema de más calado, en el sentido de que la "comunitarización" de la materia del asilo produciría un efecto judicializador, pese a que se ha querido excluirlo en principio para los asuntos del "tercer pilar". Todo él escapa al control judicial automático, salvo pacto expreso y referido en exclusiva a Tratados y no a otras fuentes.

## **B) La vía convencional: el Convenio de Dublín**

Instrumento clave, no sólo por su contenido, sino también por su conexión con otros Convenios que cerrarían el espacio exterior y reforzarían el interior ((Convenio "cruce de fronteras" y Convenio SIE (Sistema de Información Europeo)), aún no ha entrado en vigor. España lo ratificó el 10 de Abril de 1995. Bélgica y Holanda no lo han hecho aún. Al parecer, en cuanto a este Estado, porque desea un protocolo atributivo de competencias del Tribunal de Justicia.

No obstante ese papel central, no se puede exagerar su importancia, en cuanto no contiene derecho sustantivo, sino procesal, ya que, conforme a su artículo 2, se reafirman las obligaciones preexistentes conforme a la Convención de Ginebra.

Su alcance es más modesto, pues trata de evitar el "asylum shopping" o el "refugiado en órbita", estableciendo y además jerarquizando unos puntos de conexión entre el Estado y el solicitante (familiar de un asilado, permiso de residencia válido, visado válido, visado en tránsito, cruce irregular de la frontera de un

Estado, entrada legal) y, en defecto de ellos, el Estado en el que por primera vez presente la solicitud.

Por las razones expuestas en otro apartado, el Convenio es anterior al TUE y no es clasificable entre los contemplados en su artículo K.3. Tampoco es un Convenio enmarcable entre los que preveía el artículo 220 del Tratado de Roma (v.g. el Convenio de Bruselas de 1968 sobre exequatur).

Puede considerarse por tanto como un Tratado intracomunitario, pero no es comunitario en sentido estricto: contratan los Estados Parte en las Comunidades, pero no en el seno del Consejo, y el depositario no es la Organización, sino un Estado Parte (Irlanda). Pertenece por tanto a la familia de los Convenios adoptados en la antigua CPE (Cooperación Política Europea), como, por ejemplo, el Convenio de Donostia-San Sebastián sobre transmisión por telefax de las solicitudes de extradición (que ya se aplica provisionalmente entre España, Luxemburgo y Holanda).

Aunque no sea una terminología rigurosamente jurídica, podría decirse, en resumen, que está en la órbita comunitaria y que su anclaje aparece en su Preámbulo, donde se citan, como fuentes habilitantes, el Consejo Europeo de Estrasburgo de Diciembre de 1989, el TCEE y el Acta Unica.

El Convenio de Dublín produce un efecto derogatorio de los artículos 28 a 39 del Convenio de aplicación de Schengen de 1990, a cuyo efecto existe un Protocolo (pendiente de ratificación).

El fundamento de tal impacto se encuentra en la cláusula tipo de "preferencia comunitaria" establecida en el artículo 134 de Schengen.

El análisis en profundidad del Convenio de Dublín permite extrapolar otras consecuencias más importantes. En la medida en que el Convenio se aplica a los "extranjeros", entendiendo por tales a los "no comunitarios", se podría concluir que el asilo no es admisible entre Estados comunitarios. En cambio, las simplificaciones periodísticas y las manifestaciones de responsables políticos cualificados, en 1993, a propósito de la petición de asilo en Bélgica de vascos españoles, invocando el estatuto de la ciudadanía de la Unión (artículo 8 del Título II del TUE), están manifiestamente desenfocadas. Contrariamente al título pretencioso de "ciudadanía de la Unión", es lo cierto que el estatuto, por ahora, comprende únicamente un catálogo muy limitado de libertades, y que además ya estaban en el sistema en su mayor parte.

### **C) Perspectivas y realidades**

El bloque de textos sobre asilo, que en lo esencial han sido descritos en lo que precede, hace difícil aprehender el estado de la cuestión.

La armonización pretendida se enfrenta a serias dificultades, por la prevalencia de tradiciones nacionales bien firmes. El Libro Blanco de MAE (2.3.1995) (Reflexiones sobre la Conferencia Intergubernamental de 1966, pág. 48) constata el hecho de que varias legislaciones europeas permiten la concesión de asilo a los nacionales de otros Estados de la Unión.

A despecho de ciertas proclamaciones enfáticas de responsables españoles, España se encuentra entre esos Estados, pese a la reciente reforma de la Ley de Asilo.

Tanto la Presidencia francesa como la española no han aportado en sus respectivos programas elementos originales en relación al Plan de Acción en el ámbito "Justicia e Interior", diseñado por el Consejo Europeo en Diciembre de 1993 (Fuentes. doc. 11.607/94, J.A.I. 71 de 2.12.1994).

El programa de la Presidencia francesa de 12 de Enero de 1995 se refirió a la necesidad de un seguimiento de la ratificación del Convenio de Dublín y de su ejecución, así como a la aplicación armonizada del artículo 1 A del Convenio de Ginebra (definición de refugiados) y cese de tal condición (artículo 1 C). El Programa de la Presidencia española (Fuente: Dirección General de Codificación y Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia e Interior, de 16.12.94) mimetiza el programa francés, aunque añade la adopción de una *acción común* cuyo contenido no precisa en absoluto.

Ninguno de los dos programas ha realizado una reflexión sobre el artículo 1 F, que permite denegar el beneficio a los autores de un "grave delito de derecho común", algo fundamental en materia de terrorismo, por cuanto existe una tendencia generalizada en el Derecho Internacional contemporáneo a "despolitizar" ciertos actos de terrorismo considerándolos delitos comunes, susceptibles por ello de extradición. La jurisprudencia francesa actual se inspira en esa nueva filosofía, salvo en lo que concierne a la simple pertenencia a banda armada.

El Parlamento Europeo se ha mostrado particularmente crítico en relación a los retrasos que sufre la aplicación del artículo K.1 y, en especial, en cuanto concierne a la aplicación de la "pasarela" del artículo K.9, y considera que ya debe darse tal paso, invitando a la Comisión a presentar una propuesta en tal sentido. Como hemos visto, la Comisión y el Consejo han dado pasos justamente en sentido contrario (Fuente: resolución del P.E. de 13.12.94. *Diario Oficial de las Comunidades de 23.1.95*).

## VI. ALGUNAS NOTAS SOBRE EL SISTEMA ESPAÑOL

Está generalmente admitido en Derecho Internacional que no existe un "derecho de asilo", sino un "derecho a solicitar asilo" y a que tal solicitud sea examinada de acuerdo con la ley interna, en régimen de concesión graciable por el Estado (*Declaración de la Asamblea General de N.U. de 14.12.67*).

Ciertas doctrinas actuales, a despecho de los textos, enmarcan la cuestión del asilo en la protección internacional de los derechos del hombre, entendiendo que forman parte del "ius cogens". Este es definido por el artículo 53 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados como aquellas normas aceptadas y reconocidas por la Comunidad Internacional que no admiten acuerdo en contrario y sólo son modificables por otra norma de Derecho Internacional. En ese sentido M<sup>a</sup> Luisa Espada y Mercedes Moya (en *Revista de Estudios Internacionales*. Marzo de 1985. p. 73 y ss.).

El sistema español produce perplejidad por su imprecisión terminológica, puesto que el artículo 13.4 de la Constitución se refiere al “derecho de asilo”, mientras que, de un lado, el titulillo del artículo 1º habla, correctamente, del “derecho a solicitar asilo” y, de otro, el nº 1 del artículo 2, tras la reforma por la Ley de 19.5.94, reproduce la expresión constitucional de “derecho de asilo”. Oscurece más el concepto, la circunstancia de que en la nueva redacción se ha suprimido la palabra “graciable”, sin la menor explicación en la Exposición de Motivos.

Es todavía pronto para evaluar el impacto que ese dato vaya a tener sobre la jurisprudencia, ya que ésta se fundaba en ese carácter graciable (ver Sentencias de 21.1.93 y 31.3.93), aunque con posibilidades de control jurisdiccional para revisar el uso prudente de la discrecionalidad formulada por la norma.

Una consecuencia jurídica sí es clara a partir de la ubicación del asilo en el artículo 13 de la Constitución, y no en el Capítulo Segundo (Derechos y Libertades). Ello determina que el instituto del asilo, al igual que el instituto de la extradición, se halle fuera del recurso de amparo, salvo en aspectos tangenciales y que pudieran relacionarse con el artículo 24.

La doctrina jurisprudencial en materia de extradición es extrapolable a este otro ámbito. Ciertamente que una Sentencia de la Sala V del Tribunal Supremo, de 6 de Julio de 1987, sostuvo una doctrina radical al entender que el acuerdo del Consejo de Ministros abriendo la fase judicial no es un acto preparatorio, sino autónomo y singular y que “ya no hay área alguna que escape al control de un Juez” (doctrina rectificada por Auto de la Sala 3ª de 24.11.88), pero la jurisprudencia constitucional situó claramente la institución de la extradición fuera del recurso de amparo (SSTC, 11/1983 y 11/1985).

La Ley de Asilo regula también la relación entre ambas instituciones, en el 5.2 y D.A. Primera. Una lectura útil del primer precepto, permite llegar a la conclusión de que la solicitud de asilo no interrumpe el procedimiento de extradición, sino sólo el “fallo” o en su caso la entrega, aunque sería prudente la suspensión total para no condicionar la resolución administrativa sobre el asilo.

La política convencional española, seguida desde 1987 e inaugurada en el Convenio con Costa Rica (aún no ratificado) y seguida con Bolivia, Venezuela o Argentina ha dado una solución original –no conocida en el Derecho comparado– consistente en aplicar el principio “aut dedere, aut iudicare” en relación a los asilados cuya extradición se deniegue, pues en caso contrario serían de mejor condición que un nacional. Se destaca finalmente que la referencia al artículo 1 F del Convenio de Ginebra, en el artículo 5º.6 permite un uso sensato para no conceder el asilo a terroristas, en cuanto el delito terrorista es ya considerado internacionalmente como no político.

Volviendo a la legislación española, la Ley 9/1994, de 19 de Mayo, modificando la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, responde a la Proposición no de Ley aprobada por el Congreso de los Diputados el 9 de Abril de 1991. En ésta se instaba al Gobierno a “adoptar las medidas necesarias para garantizar la necesaria celeridad en el examen individualizado de las solicitudes de asilo” y a “impedir la utilización fraudulenta

con fines de inmigración económica del sistema de protección a los refugiados". Como puede verse, los mismos problemas con que se enfrentan otros países europeos, entre ellos la República Federal de Alemania.

La propia Exposición de Motivos de la Ley 9/1994 se refiere en este sentido a la conclusión número 30 del Comité Ejecutivo del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. De otro lado, en cuanto a la determinación del Estado miembro al que corresponde examinar la solicitud de asilo, se citan los criterios establecidos en los Convenios de Dublín y Schengen.

La reforma configura el derecho del asilo en el artículo 2.1 de la ley como "la protección dispensada a los extranjeros a los que se reconoce la condición de refugiado" y se remite al artículo 33 de la tantas veces mencionada Convención ginebrina de 1951. De esa forma, se suprime la doble figura de asilo y refugio, y el anterior asilo por puras razones humanitarias "se reconduce a la vía de la legislación general de extranjería". Reforzando la ecuación refugiado-asilado, son varios los artículos en los que el término "asilado" se sustituye por "refugiado".

En otro orden de cosas, se regula detalladamente la inadmisión a trámite de las solicitudes, como el mejor medio quizá para evitar abusos de los inmigrantes económicos. No faltan disposiciones específicas para los casos en que la inadmisión se adopte cuando el solicitante se encuentra aún en la frontera. Se prevé entonces la petición de reexamen con efectos suspensivos y participación del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. La actuación legal incluye los preceptos oportunos para evitar que el extranjero al que se le deniega el asilo se sitúe, ya de partida, en posición de privilegio respecto a quien siguió los procedimientos migratorios normales.