

LA LEY REGULADORA DE ASILO Y CONDICION DEL REFUGIADO DE 26 DE MARZO DE 1984: ¿NACIONALISMO O INTERNACIONALISMO?

Por MARIA LUISA ESPADA RAMOS
y MERCEDES MOYA ESCUDERO

SUMARIO: *Introducción*.-I. *El derecho de asilo*: 1. La Ley reguladora del derecho de asilo y condición del refugiado de 26 de marzo de 1984. 2. Contenido y efectos del derecho de asilo en la legislación española. 3. De la concesión y el reconocimiento de la condición de asilado.-II. *La condición de refugiado*: 1. Reconocimiento de la condición de refugiado. 2. Incertidumbres procedimentales y garantías jurisdiccionales.-*Valoración*.

INTRODUCCIÓN

La consideración del asilo desde una perspectiva interna, constitucional y legal, obliga a ajustarse a los datos del derecho positivo y a la práctica de los tribunales, si la hubiere. No obstante, cuando se carece, como es el caso español, de precedentes legales y jurisprudenciales, es especialmente importante proceder a su estudio desde las exigencias que impone su carácter de institución jurídica internacional. En este sentido habrá que tener en cuenta el desarrollo que el ordenamiento jurídico internacional ha alcanzado en ámbitos de regulación que conectan directamente con el derecho de asilo, como pueden ser las exigencias de los derechos humanos, los convenios internacionales sobre refugio, apátridas, tratamiento de extranjeros y la no menos problemática regulación del delito político y del terrorismo. Estas son indudablemente cuestiones autónomas en sí mismas, pero un enfoque actual del derecho de asilo exige tenerlas presentes ¹.

¹ VITA, E.: *Asilo territoriale e diritti dell'uomo*. Estudios de D. I. «Homenaje al profesor Miaja de la Muela», t. I, Madrid, 1979, donde dice: «E' ormai evidente la necessità di andar oltre una visione meramente setoriale di tutti questi istituti e di addivenire ad una loro risistemazione globale sulla base, riteniamo, delle loro conseguenza pratiche», p. 600.

En el ordenamiento jurídico internacional ciertamente no hay una consolidación definitiva de esta institución. Su concepto, naturaleza y contenido son imprecisos y ambiguos. La imposibilidad de adoptar un convenio sobre el asilo pone de relieve las dificultades que existen entre los Estados para aceptar unas obligaciones inter-partes en una materia, en la que la incidencia de lo político es fuertemente condicionante ². El fracaso de la Conferencia de Ginebra de 1977 puso de relieve que, incluso sin llegar a ser votado el proyecto de convenio, se había impuesto una consideración mayestática de la soberanía del Estado, de las exigencias del interés nacional y de una visión humanitaria del asilo.

Hoy, pese a su importancia, es una institución jurídica cuya autonomía en el ordenamiento internacional es discutible, pues no se trata de dar expresión legal a competencias internacionales *per se*, sino a competencias del Estado. La realización efectiva del derecho de asilo está absolutamente mediatizada por la voluntad política (solidaria, humanitaria y democrática) del Estado y por los intereses circunstanciales del medio social en que se va a insertar la persona necesitada de la protección que implica el asilo. Las cláusulas de salvaguardia que aparecen tipificadas en las escasas leyes internas existentes (arts. 14 y 15 de la Ley española de 26 de marzo de 1984, y las previstas en el proyecto de convenio de 1977 en función de seguridad nacional, cláusula belga, motivos puramente económicos internos o la consideración como límite de la concesión del asilo, la tipificación como delitos graves en la legislación estatal) no son sino expresión de cautelas de los Estados, incluso cuando legislan con la discrecionalidad de un soberano en el ejercicio de sus competencias territoriales.

No obstante, la evolución progresiva de los niveles de protección y garantía de los derechos humanos impone límites sustantivos a la competencia estatal entendida de forma absoluta. Por ello, el análisis de un texto de derecho positivo no despeja todas las interrogantes que suscita la reciente evolución del derecho de asilo ³.

El asilo territorial está estrechamente vinculado al ejercicio de las competencias soberanas del Estado. El reconocimiento de la condición de asilado, la protección como efecto primario, la no-devolución y la no-extradición (entre sus efectos principales) no son un conjunto de competencias internacionales específicas que el derecho internacional reconoce al Estado aparte de sus competencias generales, sino simplemente, como afirma A. Kiss, son la aplicación de esas competencias en una hipótesis dada ⁴.

² PISANI, M.: «Delito político, estradizione, diritto d'asilo», en *Diritto Internazionale. Rivista Trimestrale di Dottrina e Documentazione*, vol. XXIV, 1970-II, p. 213, especialmente p. 237.

³ GEOFFREY, S. GILBERT: «Right of Asylum: A change of direction», en *ICLQ*, vol. 32/3, 1983, pp. 633-650.

⁴ KISS, A.: *Droit d'asile*, Enciclopedia Dalloz, t. 1, Paris 1968, p. 167.

Y esto es así no sólo desde una consideración de la soberanía como elemento absoluto, sino incluso desde una concepción funcional de la misma, en la que el control y la vigilancia del territorio del Estado es una obligación primaria que impone la garantía de los derechos de otros Estados en la persona de sus súbditos, o la protección de las personas humanas como integrantes de la Comunidad internacional⁵.

Sin embargo, hay algo específico en este tratamiento jurídico de personas extranjeras, puesto que los Estados reglamentan su situación de modo diferente al régimen general de extranjería. La singularidad está en que se trata prioritariamente de una reglamentación protectora de contenido positivo a favor de personas en circunstancias extremas de persecución. Su fundamento tradicional ha sido el humanitarismo de los Estados, pero en la actualidad *debería* entenderse como expresión de límites, aceptados por el Estado, a su soberanía por normas generales del Derecho internacional relativas a la protección y garantía de los derechos humanos⁶. En la mayoría de las constituciones, e incluso en las más recientes, el derecho de asilo se inspira en principios humanitarios y de solidaridad, alejado por tanto de un fundamento jurídicamente objetivo a favor del individuo⁷.

No obstante, hoy no puede aceptarse como válido este fundamento cuando existen normas convencionales universales, regionales, principios constitucionales del orden internacional y normas imperativas sobre derechos humanos que forman parte de los derechos internos, al haber sido incluso constitucionalizadas. Por todo ello creemos que, en el estado actual del Derecho internacional de los derechos humanos (norma de *ius cogens* amparada por el artículo 19 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad internacional de los Estados, bajo la calificación de «crimen internacional»), cuando se constitucionaliza el derecho de asilo y se reglamenta su disfrute, los Estados están obligados jurídicamente a algo más que a consideraciones humanitarias o de coherencia democrática⁸. Ese algo más es la exigencia de

⁵ La bibliografía, incluso actual, sobre estas cuestiones fundamentales es abundante: APRIL, S.: «Examining the right of asylum», en *International Perspectives*, 1974, mayo-junio, pp. 44 y ss.; GRAHL-M., A.: *Territorial Asylum*, Estocolmo, 1980; SINHA, P.: *Asylum and International Law*, La Haya, 1971; WEIS, P.: «The present state of International Law on territorial asylum», en *Annuaire suisse du Droit International*, vol. 31, 1975, p. 71; VIERDAG, E. W.: «"Asylum" and "Refugee" in International Law», en NILR, vol. XXIV, 1977/1-2, pp. 287-303; KOJANEC, G.: «Asilo territoriale: problematica nell'ambito delle Nazioni Unite», en *La Comunità internazionale*, vol. 1977/4, p. 618. Este enfoque es también evidente en estudios más antiguos que mantienen una postura absolutamente tradicional como, por ejemplo, MORGENSTERN, B. A.: «The Right of Asylum», en *BYBIL*, vol. 26, 1949, p. 327; REALE, E.: «Le droit d'asile», de *RCADI*, vol. 63, 1938-I, pp. 437 y ss., y BOLESTA-KOZIEBRODZKI, L.: *Le droit d'asile*, Leyden, 1962.

⁶ NAFZIGER, J. A. R.: «The general Admission of Aliens under International Law», en *AJIL*, vol. 77, 1983/4, p. 804. También GEOFFREY, S. GILBERT: *Right of Asylum: A Change of Direction*, op. cit., p. 647.

⁷ LUCAS VERDÚ, P.: *El derecho de asilo en las constituciones actuales*, en *REDI*, vol. IV, 1951, núm. 2, pp. 507-520. Y desde una perspectiva actual, MARTENS, P.: «Le droit d'asile en Belgique à l'heure de la révision constitutionnelle», en *RBDI*, vol. 32, 1966-I, p. 227 en especial.

⁸ VITTA, E.: *Asilo territoriale e diritti dell'uomo*, op. cit., p. 597. También GARCÍA MORA: *International Law and Asylum as a human right*, Washin, 1956, y VASAK, K. (ed.): *Les dimensions internationales des droits de l'homme*, Unesco, 1978, en especial, p. 171.

considerar el asilo como un derecho subjetivo diferente de los derechos tradicionales enunciados en las constituciones internas y en los actos y declaraciones internacionales sobre derechos del hombre. Para E. Vitta la diferencia estaría en que el asilo es un derecho funcional a reglamentar por el Estado en función de las circunstancias de cualidad y gravedad en que se encuentra amenazada la persona. A diferencia de los derechos humanos clásicos, requiere intervención estatal y no una simple permisividad⁹. Esta singularidad, sin embargo, no puede interpretarse so pretexto de consideraciones de *lege ferenda*, como obligaciones internacionales no positivas y por tanto morales. La normativa internacional sobre derechos humanos requiere una interpretación global y de contenidos. Una lectura formal o una lectura que identificara derecho positivo con obligación convencional vaciaría de contenido un ámbito normativo cualificadamente importante del Derecho internacional actual.

La misma realidad constitucional moderna avala nuestra afirmación. Asistimos hoy a un progresivo reconocimiento constitucional del derecho de asilo y a un paralelo desarrollo legislativo interno, pese a la imposibilidad reiterada de elaborar un convenio universal o regional sobre la materia¹⁰. Ese desarrollo legislativo interno se da paradójicamente en una Sociedad internacional fuertemente azotada por el terrorismo y la perplejidad de los Estados ante la exigencia de su represión y el peligro de cercenar en determinados supuestos derechos humanos¹¹. Y finalmente, se da cuando la extradición, como medio de cooperación penal internacional, alcanza cotas muy apreciables y sin embargo tiene una importante limitación por las causas políticas que justifican el asilo.

En resumen, se podría concluir de esta aproximación introductoria a la problemática general que, tanto a nivel de un replanteamiento doctrinal, como a nivel de reglamentación positiva internacional e interna, la institución del asilo se presenta como una alternativa de titularidad jurídica: derecho del Estado o derecho del individuo. Esta alternativa, a nuestra manera de ver, no es irreductible, sino que encuentra su solución en la consideración de que los Estados hoy están fuertemente condicionados por la normativa internacional y, por tanto, sus competencias territoriales y sus competencias legislativas han de reordenarse para dar coherencia a su actividad interna e internacional.

⁹ VITTA, E.: *Asilo territoriale e diritti dell'uomo*, op. cit., p. 598.

¹⁰ GRAHL-MADSEN, A.: «An Analysis of the results of the first Session of the International Conference on the territorial Asylum», *Round Table of S. Remo on some current Problems of Refugee Law*, (8 al 11 de mayo de 1978), Institut for humanitarian Law, pp. 3-13; RODRÍGUEZ, Y.: *Tendances contradictoires en matière d'infraction politique*, en *RBDI*, vol 2., 1980-1, p. 82; VUKAS, B.: «Some comments on the Draft Convention on international Asylum», en *Rev. Égyptienne de Droit International*, vol 30, 1974, p. 98; WEIS, P.: «The Draft United Nations Convention on territorial Asylum», en *BYBIL*, vol. 15, 1979, p. 151; GRAHL-MADSEN, A.: «Towards an Asylum Convention: Report of the Nansen Symposium», Ginebra, 1976, citado por el mismo autor en *Territorial Asylum*, Estocolmo, 1980, p. 10, nota 62.

¹¹ RODRÍGUEZ, YVES: *Tendances contradictoires en matière d'infraction politique*, op. cit., p. 82.

LA LEY REGULADORA DE ASILO Y CONDICIÓN DEL REFUGIADO

A partir de estas consideraciones previas e inevitables, nuestro trabajo pretenderá ajustarse al examen del contenido, alcance y efectos de nuestra reciente Ley de asilo del 6 de marzo de 1984, pero sin renunciar a la crítica de todo lo que en ella responda a una inspiración de chovinismo nacionalista, ni a una valoración positiva de lo que tenga de auténtico espíritu internacionalista.

I. EL DERECHO DE ASILO

1. *La Ley reguladora del derecho de asilo y condición del refugiado de 26 de marzo de 1984*

a) *Antecedentes y mandato constitucional: el artículo 13, pfo. 4.*

El ordenamiento jurídico español se ha visto enriquecido con una nueva normativa vinculada a los derechos humanos y al régimen de extranjería, que constituye por su propia promulgación algo auténticamente positivo, dada la laguna existente en nuestro sistema jurídico¹². El *Boletín Oficial del Estado* de 27 de marzo de 1984 publicaba la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado.

Como señala su exposición de motivos, dicha ley tiene por objeto cumplir el mandato del artículo 13,4 de la Constitución: «La ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España.» Se trata de una norma sin antecedentes en el derecho constitucional español, pero latente como exigencia de legalidad desde «la generosísima Ley de 4 de diciembre de 1985 que declaraba lo conveniente del asilo para todos los extranjeros y sus propiedades en el territorio español»¹³.

Su impulso internacional está en el Convenio de Ginebra sobre el Estatuto de los refugiados de 28 de julio de 1951 y el Protocolo de Nueva York de 1967. Con anterioridad y en espera del cumplimiento del mandato constitucional, indirectamente se venían subsanando situaciones de hecho en base a la Orden de 16 de mayo de 1979 (Ministerio del Interior), que regula provisionalmente el reconocimiento de la condición de refugiados¹⁴.

La historia parlamentaria de este precepto constitucional es compleja por las diversas fórmulas propuestas, y en cierta medida, contradictoria en su

¹² GARRIDO FALLA, F.: *Comentarios a la Constitución*, Ed. Civitas, Madrid, 1980, p. 175, donde habla de las concordancias con los arts. 10, 2 y 15.

¹³ Citada por COBO DEL ROSAL, M.: *Constitución española de 1978*, t. II, arts. 10 a 23, ed. dirigida por O. Alzaga, Madrid, 1984. En especial, las páginas dedicadas a comentar el art. 13/4, p. 253.

¹⁴ *Boletín Oficial del Estado* de 24 de mayo de 1979, núm. 124. Sobre la vigencia en España de los instrumentos internacionales anteriormente citados, nuestro país se adhirió a ellos por instrumento de 22 de julio de 1978 (*BOE* de 21 de octubre).

expresión final. Se conocieron varios anteproyectos, inspirados en distintas concepciones de lo que debía implicar el reconocimiento constitucional.

Una primera versión consignó que «queda garantizado en la Constitución, en los términos en que la ley establezca, el asilo de los ciudadanos de otros países perseguidos en los mismos por su defensa de los derechos y libertades democráticas reconocidos en la Constitución». De esta manera, era la propia Constitución la que venía a garantizar el derecho de asilo y sólo las modalidades y aspectos concretos de su disfrute serían determinados por una reglamentación posterior¹⁵. Sin embargo, las causas que justificarian en nuestro caso el derecho de asilo estaban referidas a la persecución por la defensa de los derechos y libertades democráticas. Pudiera parecer una concepción amplia. Pero, a nuestro juicio, no era sino una postura un tanto nacionalista, en la medida en que se hacía de concepciones políticas internas el fundamento de la protección, cuando ésta debía estar apoyada en un contenido más amplio y menos ambiguo. Como mínimo debía estar referido al contenido del artículo 33 del Convenio de 1951 y en concordancia con la formulación sobre asilo territorial de otros actos e instrumentos internacionales¹⁶.

Finalmente, la remisión a una ley posterior de desarrollo legislativo que permaneció en los distintos borradores, así como en el texto de la ponencia y en el definitivo anteproyecto, suscitaba distintas valoraciones. Para los grupos conservadores era una exigencia de la propia naturaleza del asilo, en cuanto decisión soberana del Estado, que habría de concretarse en conexión con el control de la entrada de extranjeros y en razón de la coyuntura política mundial y de la situación concreta española¹⁷. Por el contrario, el grupo socialista y minoría catalana sostenían que la concretización posterior de un derecho fundamental desconstitucionalizaba el asilo, dejándolo a merced del legislador ordinario¹⁸.

Para el profesor Cobo del Rosal, esta historia parlamentaria evidenciaba una conciencia clara de no ser más generosos en la materia de lo que mantenían las concepciones tradicionales del Derecho internacional, evitando la creación de una obligación constitucional que no existe con ese alcance en el Derecho internacional general, ni convencional. Esto es, «el asilo depende de una opción o decisión soberana del Estado, es decir, ningún Estado se ve obligado, por encima de sus intereses permanentes o coyunturales, a otorgar un asilo a uno o a una multitud de extranjeros»¹⁹.

¹⁵ El grupo comunista intentó que se reconociera directamente el derecho de asilo sin referencias a otra ley de posterior desarrollo. «Trabajos Parlamentarios», t. I, Madrid, 1980, p. 42.

¹⁶ En este sentido, GEOFFREY, S. GILBERT: *Right of Asylum: a Change of Direction*, op. cit., p. 646.

¹⁷ FRAGA Y HERRERO DE MIÑÓN: *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados* núm. 69, de 18 de mayo de 1978, pp. 2.443 y 2.437.

¹⁸ Grupo parlamentario Minoría catalana. «Trabajos Parlamentarios», t. I, Madrid, 180, p. 46.

¹⁹ COBO DEL ROSAL, M., y BOIX REIG, J., op. cit., p. 256.

En las redacciones sucesivas de estos textos iniciales aparecía ya implícita la concepción que tenían nuestros legisladores y que habría de tener la norma fundamental sobre la naturaleza del derecho de asilo²⁰. Es cierto que no faltaron en los debates alusiones a que la protección que el asilo otorgara y la reglamentación ordinaria que en su momento se diera habrían de ajustarse en todo caso a los convenios internacionales que España suscriba en la materia. Es curioso que incluso Oscar Alzaga insistiera en la exigencia de la «razón de Estado», aunque desde luego habría de quedar matizada por «los convenios internacionales suscritos por España, y algunos pendientes, según creo, de ratificación, que conceden el derecho de asilo con extraordinaria generosidad, de forma que puedan acogerse al mismo cuantas personas individuales o grupos de hombres, se encuentren amenazados por motivos...»²¹. Sin embargo, la verdad es que en materia de asilo no existe convenio en vigor que pudiera en su día ser ratificado por España. Probablemente se confunde con la normativa internacional en materia de refugiados.

Del artículo 13.4 se ha dicho que «el derecho de asilo ha quedado, pues, virtualmente vaciado de contenido, ya que su amplitud y su propia existencia dependerá por complemento de la ley que lo regule»²².

Finalmente cabría comentar este artículo 13 según su localización dentro del contexto de la Constitución, que en principio se encuentra vinculado a los artículos 10.2 y 15 y al régimen de extranjería que encabeza el artículo 13.1. Pero además, el asilo se encuentra ubicado en el capítulo primero del título primero (de los españoles y los extranjeros) y no en el capítulo segundo de dicho título (derechos y libertades). Por consiguiente, no está vinculado al desarrollo de estos derechos y libertades, sino a las situaciones de los extranjeros constitucionalmente protegidas, en las que el Estado conserva la plenitud de su soberanía para la reglamentación de sus competencias territoriales en función de sus intereses prioritarios. Esto conlleva una consecuencia: el asilo queda fuera del recurso de amparo, porque su reconocimiento es un acto *imperii* y no implica, en principio, obligación de control jurisdiccional. No obstante, el profesor Mariño señala que, «si bien el recurso de amparo no cabe según la actual legislación española en materia de asilo, sin embargo no cabe excluirlo *a priori* para todas las materias cubiertas por la ley de asilo. Más aún, parece susceptible que el “rechazo” a un país de posible persecución sería un acto sostenible de amparo, en especial a la luz

²⁰ No obstante, parte de la doctrina española considera el asilo bajo ciertas condiciones como un derecho individual. Así CUERDA RIEZU, A., y COBOS, M. A.: «Una nueva construcción jurídica del derecho de asilo», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 1979, núm. 55, pp. 125 y ss.

²¹ ALZAGA, O.: *La Constitución española de 1978*, Madrid, 1978, p. 180.

²² ABARCA, J. P.: «Nacionalidad y extranjería en la nueva Constitución», en *Lecturas sobre la Constitución española*, Ed. T. R. Fernández, UNED, t. II, Madrid, 1978, pp. 383 y ss.

del Convenio Europeo de Derechos Humanos ratificado por España»²³. Esta afirmación es apoyada por Mariño en K. Vasak, quien en la obra *Les dimensions internationales des droits de l'homme* pone de relieve la interpretación progresista que la Comisión Europea de derechos del hombre ha hecho del concepto de trato inhumano, asimilándolo a la posible extradición de un extranjero. Dice Vasak: «C'est donc par le biais de l'interdiction des traitements inhumains que, sinon le droit d'asile, du moins le principe de non refoulement se trouve protégé dans le cadre de l'Europe occidentale»²⁴. Apunta también cómo esta prohibición se encuentra en los instrumentos universales de los derechos del hombre, planteándose si esta jurisprudencia no podría encontrar también sentido en el plano universal. Nosotros añadiríamos que hay cierta base jurídica para el recurso de amparo en esta materia por las siguientes razones: porque existe una jurisprudencia que emana de Tribunales internacionales constituidos por Convenios que España ha ratificado y porque el artículo 10.2 de la CE reconoce los instrumentos y los Convenios sobre derechos humanos ratificados por España como criterios de interpretación para esta materia del título primero. Por consiguiente, esa jurisprudencia deberá ser también criterio para interpretar el alcance de los derechos y libertades que la Constitución reconoce. En este sentido se podría citar el precedente de la sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de julio de 1981 (Sala Primera, Ponente, Díez de Velasco), en la que se utilizó la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos del hombre para interpretar el derecho a juicio público y la expresión dentro de plazo «razonable».

b) *La concepción político-jurídica del derecho de asilo en la nueva Ley española*

La nueva Ley española reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado comprende una exposición de motivos y veinticuatro artículos en dos títulos diferenciados, el asilo y la condición de refugiado. La regulación de una y otra situación es desequilibrada en cuanto al propio contenido de la protección que otorga. El título primero, que reglamenta el asilo, el paradójicamente más preciso en el tratamiento de las situaciones de hecho. Con la exposición de motivos sucede igual. Y la paradoja se da en relación al título segundo que contempla la condición de refugiado, respecto de la cual hay convenios internacionales firmados por España, y, sin embargo, sus previsiones, contenidos y recursos son más imprecisos. Y es sorprendente esta solución jurídica, cuando en el Derecho internacional, hoy, la protección a ambas condiciones se hace de modo parecido, si bien, como señala F. Mariño,

²³ MARIÑO, F.: «Algunas observaciones sobre la futura ley de asilo española», en *Revista de Estudios Internacionales*, vol. 2, 1981, núm. 4, p. 965.

²⁴ VASAK, K.: *Les dimensions internationales des droits de l'homme*, op. cit., p. 171.

el ámbito de sus destinatarios es más amplio que el de los «refugiados» en sentido estricto²⁵. Más adelante, al analizar detalladamente los artículos de esta ley, intentaremos valorar el alcance de la separación²⁶.

Al analizar más concretamente el texto legal se pueden destacar sus grandes principios orientadores contenidos en la exposición de motivos: «La presente ley tiene por objeto cumplir el mandato del artículo 13,4, de la Constitución y, al mismo tiempo, ofrecer una solución jurídica a un problema de hecho como es el de refugio en España de personas perseguidas en sus países por motivos ideológicos o políticos, de acuerdo con los *criterios de solidaridad, hospitalidad y tolerancia* que deben inspirar el Estado democrático definido en nuestra Constitución».

Son, en definitiva, las exigencias y principios de un Estado de Derecho las motivaciones fundamentales que llevan al legislador español a ejercitar el humanitarismo, la solidaridad y la tolerancia frente a negaciones radicales de la libertad en otros países. Por otra parte, esta ley no es sino una manifestación del «autoejercicio de la soberanía del Estado que dispensa una protección graciable», tesis mantenida en el párrafo 4 de la exposición de motivos y en el artículo 2.º, 1, del título primero, capítulo primero. Estos planteamientos y expresiones traducen también el principio prevalente de la seguridad del Estado y de subsidiariedad en la consideración de los derechos humanos como fundamento de esta normativa.

Sin embargo, es muy criticable que el derecho de asilo, dentro del cual está en juego la misma vida, la libertad, la integridad física y la seguridad personal, se vea sometido a las exigencias de una práctica graciable. Lo que sucede es que las razones de Estado y la seguridad nacional son valores que se consideran en la ley prioritarios. De ahí también la mediatización de todo el proceso de reconocimiento del derecho por parte del poder ejecutivo, concretamente por el Ministerio del Interior, y la marginación de unas garantías jurisdiccionales que la protección de valores tan importantes exige. En cierta medida se da un paso atrás respecto a la situación europea después de la segunda guerra mundial, por lo menos a nivel práctico. Por otra parte, también se puede resaltar una cierta incoherencia política, si se tiene en cuenta el tratamiento que nuestros nacionales recibieron en los países americanos con ocasión de la guerra civil de 1936, así como las directrices del Consejo de Europa, el cual en sus resoluciones 293 y 243 se pronunció a favor de una fundamentación del asilo en los derechos humanos. Incluso esta

²⁵ En el proyecto de ley de 7 de junio de 1983 se unificaban los conceptos de asilado y refugiado, de tal forma que quien obtuviera el asilo recibiera también el status jurídico que venía a identificarse en lo esencial con el Estatuto para los refugiados. *Boletín Oficial de las Cortes* serie A, núm. 32-1, p. 325.

²⁶ MARIÑO, F.: «El concepto de refugiado en un contexto de Derecho internacional general», en *REDI*, volumen XXXV, 1983, núm. 2, p. 364. También VIERDAG, E.: *Asylum and Refugee in international Law*, op. cit., páginas 287 y ss.

concepción del asilo por parte de la Ley española se aparta de la línea de trabajo de la Comisión Europea de Derechos del Hombre en su interpretación del artículo 3.º del Convenio de Roma de 1950.

Todos estos principios que inspiran la Ley española conducen a una serie de consecuencias de carácter jurídico, también importantes. En este sentido domina en la ley una concepción jurídica del derecho de asilo determinada prioritariamente por un derecho del Estado y no del individuo. Esta concepción se plasma en las disposiciones de fondo y de procedimiento que establece. Así se habla en el artículo 2.º de «soberanía», en el artículo 7.º de «competencia del gobierno», en el 18,2, de «seguridad del Estado», en el 14 se defienden el «orden público interior», la «seguridad exterior del Estado» y los «intereses internacionales del mismo». Numerosas expresiones de esta clase confirman ampliamente que nuestra Ley responde a una concepción tradicional del derecho de asilo como un derecho fundado en la soberanía del Estado, vinculado al ejercicio absoluto de sus competencias territoriales y sin límites expresamente reconocidos de acuerdo con las obligaciones internacionales asumidas en otros ámbitos del Derecho internacional actual. En definitiva, aun teniendo aspectos positivos, responde más bien a un hecho que Lauterpacht describía así: «les Etats restent récalcitrants quant à toute attente à la libre appréciation de leur propre sécurité...»²⁷. La Ley española regula más bien una facultad del Estado, ejercida ciertamente con bastante generosidad, pero como un acto discrecional sin que se vea en sus disposiciones la regulación de un *deber* asumido desde una opción auténticamente internacionalista.

De este modo parece que el derecho del individuo se reduce al derecho de «buscar» asilo y disfrutar de él, mientras que el «deber» del Estado de concedérselo es una hipótesis moral, supeditada a diversas condiciones sociales, económicas, demográficas y políticas del momento en que se produce la solicitud. Los límites de esta situación son la exigencia de acogida provisional, y el no «refoulement», en tanto las autoridades del ejecutivo estudian los factores de cada caso. Y es que, cuando por decisión discrecional el Estado reglamenta la entrada y permanencia de extranjeros en su territorio, no tiene más limitaciones internacionales que las que puedan derivarse de los principios de *minimos standars*, y de las exigencias de no discriminación e igualdad de trato en su caso. Quizás en un estudio de mayor alcance del que nos proponemos realizar habría que tener en cuenta la disposición constitucional del artículo 13,1, que constitucionaliza la exigencia de respeto de un régimen jurídico de extranjería, así como el proyecto de Ley orgánica de

²⁷ Citado por MARTENS, P.: *Le droit d'asile en Belgique a l'heure de la revision constitutionnelle*. op. cit. página 225.

Derechos y libertades de los extranjeros en España de 11 de mayo de 1981, que por el momento permanece congelado ²⁸.

Pese a este principio general que rige el régimen de extranjería, no hay que olvidar que la reglamentación jurídica del asilo es algo especial, al menos en cuanto a su contenido, alcance y efectos. Y lo es también por su naturaleza de institución mixta, a caballo entre la soberanía del Estado y las exigencias sustantivas de los Derechos humanos. No obstante, como hemos visto, no es ésta la concepción que se encuentra en la ley aprobada, a propuesta del gobierno socialista. Lo cual es paradójico, puesto que en la época del gobierno de la UCD hubo una proposición de ley socialista que recibió el consenso de la Cámara y que era mucho más progresista que el actual texto aprobado. En aquel proyecto el asilo se articulaba jurídicamente como un derecho humano reforzado por la responsabilidad gubernamental de garantizarlo, compartida con otros organismos internacionales, un servicio de protección del asilado y organismos autónomos bajo la coordinación del Ministerio de Justicia, y la Cruz Roja Internacional. Asimismo se preveía la garantía jurisdiccional ante los tribunales, si este derecho era denegado ²⁹.

2. Contenido y efectos del asilo en la Ley española

«Toda concesión de asilo engendra, y, en consecuencia implica lógicamente, un estado de protección». «El asilo protege al criminal político contra todas las medidas que el poder tomaría o intentaría tomar contra sus adversarios políticos, y su carácter extralegal sería manifestado. El término «sûreté», significa protección contra lo arbitrario del poder y beneficio de la legalidad. Sin embargo, la seguridad que deriva del asilo no podrá ser entendida como una protección contra la aplicación regular de las leyes por los tribunales legalmente constituidos del Estado, en que se asile» ³⁰.

En esta cita del Tribunal Internacional de Justicia se encuentran tres elementos definitorios del asilo en la actualidad: 1) El presupuesto de persecución política. 2) La protección. 3) La integración positiva en el sistema legal del Estado de acogida. En términos genéricos el contenido del asilo es la protección otorgada a una persona que, aun habiendo entrado clandestinamente en un país, se le reconocerá, al menos provisionalmente, la legitimidad de su presencia. En sentido positivo no se trata solamente de una actitud de tolerancia, sino que tiene un contenido sustantivo: posibilitar condiciones de vida, económicas y sociales, así como unas garantías jurídicas y de control

²⁸ PÉREZ VERA, E.: *Comentarios a la Constitución española de 1978*, t. II, ed. O. Alzaga, Madrid, 1984, art. 13.1, pp. 225 a 240.

²⁹ El texto de la proposición socialista de ley puede consultarse en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, de 28 de abril de 1980.

³⁰ Cour International de Justice. 20 de novembre 1950. *Affaire du droit d'asile. Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances*, 1950, pp. 281 y 284.

frente al propio Estado y, sobre todo, frente al Estado de origen del contenido del asilo derivan sus efectos primarios: la no devolución y la no extradición y secundariamente la exigencia para el Estado de acogida de asegurar residencia, posibilidad de trabajo, seguridad y todas aquellas otras ventajas en que se materialice una vida auténticamente humana e integrada en un contexto social y jurídico.

El asilo presupone una situación de persecución por motivos ideológicos o políticos, y desde una opción liberal debería ser entendida como toda amenaza a la libertad, integridad física o a la vida. Las razones suficientes de persecución aparecen consignadas en el artículo 33 del Convenio de 1951, si bien hay una tendencia a ampliarlas a los supuestos de guerras de liberación nacional. Finalmente, la fuente de la persecución puede ser tanto el Estado de origen, como terceros en una acción paralela fuera del control gubernamental o incluso con su permisividad.

Pese a esta consideración amplia del supuesto de persecución, en la práctica de los Estados las dos consecuencias o efectos principales del asilo (no devolución y no extradición) están referidas prioritariamente a los delitos políticos. Sin embargo, este concepto es ambiguo y problemático en su delimitación porque implica un margen mayor de apreciación y calificación discrecional para el Estado asilante. En las Constituciones actuales y en las escasas leyes internas de asilo, así como la doctrina, vienen definiendo negativamente³¹. No se considerarían delitos políticos determinados comportamientos que ni interna, ni internacionalmente pueden justificar una protección. Desde la perspectiva internacional estarían excluidos la piratería aérea o el terrorismo (entre otros), y desde la perspectiva interna, aquellos que hubieran sido cometidos con la intención de atentar contra los derechos y libertades reconocidos en las constituciones o de atentar contra un sistema democrático con prácticas odiosas o actividades terroristas³².

³¹ La Doctrina tampoco ofrece una conceptualización generalizada de esta clase de delito, evidenciando las contradicciones que una precisión formal del mismo podría suponer hoy. Así EVANS, A. E.: «Reflections upon the political offence in international practice», en *AJIL* vol. 57, 1963, pp. 1 y ss.; SHIMADA, Y.: *The concept of the political refugee in international Law*, Jap. AIL, 1975, pp. 24 y ss.; PISANI, M.: «Delitto politico, estradizione, diritto d'asilo», en *Rev. Diritto internazionale*, vol. XXIV, 1970/2, p. 213, c YVES RODRÍGUEZ: *Tendances contradictoires en matière d'infraction politique*, op. cit., pp. 82 y ss.

³² El Convenio Europeo para la represión del terrorismo, que España ratificó el 20 de mayo de 1980, da elementos para la interpretación y fijación de la categoría de delito político, excluyendo de esta categoría determinados comportamientos. El artículo 1.º dispone:

«A los efectos de la extradición entre las partes contratantes, ninguno de los delitos mencionados a continuación se considerarán como delito político o como delito inspirado por móviles políticos: a) los delitos comprendidos en el ámbito de aplicación del convenio para la represión de actos ilícitos dirigidos contra la seguridad de la aviación civil, firmado en Montreal el 23 de septiembre de 1971; b) los delitos comprendidos en el ámbito de la aplicación del convenio para la represión de la captura ilícita de aeronaves, firmado en La Haya el 16 de diciembre de 1970; c) los delitos graves constituidos por un ataque a la vida, la integridad corporal o la libertad de las personas que tengan derecho a una protección internacional, incluidos los agentes diplomáticos, etcétera.»

El Convenio europeo sobre extradición exceptúa entre otros los supuestos de la cláusula belga de atentado y en orden a otros supuestos habrá que estar a los índices del artículo 3.º, 1.

a) *Efectos primarios: no devolución y no extradición al país de persecución*

En la exposición de motivos de la Ley de 26 de marzo de 1984 se enuncian de modo genérico los motivos de asilo y la protección que se ofrece a los perseguidos políticos y también a quienes hayan cometido delitos políticos o conexos, que no lo sean en España. La protección *primaria y esencial* consiste en no devolver a la persona al Estado perseguidor y, por tanto, desestimar las peticiones de extradición ³³.

La Ley establece como primer efecto el de no devolución del que cabe afirmar su carácter de principio general del Derecho internacional y su reconocimiento convencional en el Convenio de 1951. No obstante, para el Estado no constituye una obligación con efectos automáticos, sino —como dice la ley— «supeditada a la decisión definitiva». Nuestra normativa, por otra parte, no reconoce un derecho del individuo, sino simplemente que el Estado acogerá, revocará y condicionará la no devolución como un acto del ejercicio de su soberanía. Los límites de esta competencia están en la obligación para el Estado de resolver las peticiones, la admisión provisional (art. 19): «en todo caso se les devolverá a otro país donde no hubiese motivos para temer persecución o castigo» y concediéndose en todo caso un plazo razonable para buscar su admisión legal en otro país ³⁴.

El segundo efecto es el de la no-extradición como consecuencia y efecto provisional o cautelar de la no devolución. El texto legal se tiene que interpretar en el sentido de que lo prioritario es la no devolución y, «por tanto, desestimar las peticiones de extradición, las que estuvieren ya en trámite y las pendientes de ejecución» (art. 5.º,2). La Ley española se aparta quizás un tanto de la tradición europea en esta materia que ha considerado la no-extradición como una consecuencia inherente al asilo y no solamente consecuencia del principio de *non refoulement*. Ciertamente, la no-extradición por delitos políticos no puede considerarse como «principio general del derecho reconocido por las naciones civilizadas», según el artículo 38 del Estatuto del TIJ. No obstante, se reconoce como excepción a la cooperación penal internacional en infinidad de convenios de extradición. La extradición es una relación de Estado a Estado que no contempla estrictamente la situación de los individuos, sino las competencias de los Estados para hacer

³³ Según F. MARIÑO, el «perseguido político» viene a ser el «refugiado político» en sentido propio, tal como viene definido por el Convenio de 1951 sobre el Estatuto de los refugiados. El término *delito político* no se define, pero se indica que podría considerarse tal, si se hubiera cometido con la intención de lograr el establecimiento de los derechos y libertades reconocidos en nuestro ordenamiento o por lucha contra el colonialismo, el racismo y sistemas no democráticos de organización de la convivencia. MARIÑO, F.: *Algunas observaciones sobre la futura ley de asilo española*, op. cit., p. 956.

³⁴ Vid. desde una perspectiva internacional el estudio de WEIS, P.: «The present state of international Law on territorial Asylum», en *Ann. Suisse de Droit International*, vol. XXXI, 1975, pp. 88-91; GRAHL-MADSEN, A.: *Territorial Asylum*, Estocolmo, 1980, p. 40.

justicia dentro de sus fronteras. En el capítulo de las excepciones convencionales aparece la no-extradición del delito político ³⁵.

Ahora bien, es preciso puntualizar el ámbito de la no-extradición de los delitos políticos dentro de nuestro marco legal. Para Cobo del Rosal no cabe plantear su estudio, ni condicionamiento respecto a los propios nacionales que hubieren delinquido políticamente en el extranjero. Asimismo no puede hablarse de no-extradición respecto de los supuestos de terrorismo, cuya condena absoluta está constitucionalmente en el artículo 13, 3. La excepción absoluta a las obligaciones convencionales que asumiera España hay que referirla –según Cobo del Rosal– al concepto de terrorismo, concepto ambiguo y problemático, «al conjunto normativo promulgado en los últimos tiempos sobre el particular y que ciertamente no permite dar una noción unitaria y coherente de lo que es acto de terrorismo». Sin embargo, puede pensarse que, en tanto se encuentren vigentes dichas normas, habrá que entender que se trata de conductas que deben ser entendidas, desde el punto de vista jurídico, como terroristas ³⁶.

b) *Efectos secundarios: reconocimiento de determinadas ventajas sociales y económicas*

El artículo 2, 1, reconoce como contenido sustantivo del asilo el reconocimiento de una serie de ventajas que colocan al asilado en una posición de privilegio respecto a los demás extranjeros. Estas ventajas han de interpretarse como el complemento lógico a la aceptación de su presencia en el territorio del Estado, máxime cuando la filosofía que inspira la Ley se basa en consideraciones humanitarias. Al aceptar España la permanencia de asilado o refugiados han de concederse las autorizaciones necesarias para que esa permanencia sea *legal* con arreglo a la normativa de establecimiento de extranjeros existentes en nuestro ordenamiento jurídico. Las medidas a adoptar se proyectan sobre un conjunto amplio de condiciones sociales y económicas de vida que son las siguientes:

- a) Autorización de residencia indefinida o temporal en España.
- b) Expedición de los documentos de viaje o identidad necesarios.

³⁵ Kiss, A.: *Droit d'Asile*, op. cit., p. 168, pfo. 15; KRIECKEN, P. VAN: «Repatriation of refugees under international Law», en *Netherlands Yearbook of international Law*, 1982, pp. 93 y ss.; Mc NAIR, A. D.: «Extradition and extraterritorial Asylum» en *BYB*, vol. 28, 1951, pp. 172 y ss.; SHACHOR, I.: «Extraterritorial penal jurisdiction and extradition», en *ICLQ*, vol. 29, 1980, pp. 274 y ss.; YVES RODRIGUEZ: *Tendances contradictoires...* op. cit., pp. 86, 98 y ss.

³⁶ Se refiere este autor especialmente al Real Decreto-ley 3/1977, de 4 de enero, a la Ley 56/1978, de 4 de diciembre, a la Ley 82/1978, de 28 de diciembre, Asimismo el proyecto, de 1980, de Ley Orgánica de Código Penal tipifica ciertas conductas (arts. 560 a 568) bajo la rúbrica de *Delitos de terrorismo y tenencia de explosivos*. Finalmente considera de interés este autor tener en cuenta el «Informe sobre terrorismo en Europa» del Consejo de Europa, recomendación aprobada por la Asamblea Parlamentaria en diciembre de 1978 y 1979. Estos datos están recogidos de la obra *Constitución Española de 1978*, t. II, arts. 10 a 23, dirigida por O. Alzaga, op. cit., pp. 248-249.

LA LEY REGULADORA DE ASILO Y CONDICIÓN DEL REFUGIADO

- c) Autorización para desarrollar actividades laborales, profesionales o mercantiles.
- d) Cualesquiera otras que puedan recogerse en los Convenios internacionales referentes a asilados, que sean suscritos por España.
- e) Asimismo podrá otorgarse a los asilados, en su caso, la asistencia social y económica que reglamentariamente se determine.

El desarrollo de estas previsiones generales está contenido en los artículos 13 y 14 que hablan de residencia y permiso de trabajo y de las condiciones especiales sobre residencia y trabajo.

En todo caso hay que tener en cuenta las exigencias generales sobre extranjeros en esta materia. Cualquier extranjero, una vez que las autoridades del país de acogida han autorizado su entrada, puede permanecer en nuestro país como viajero en tránsito o por muy poco tiempo en visita turística o similar, o puede pretender la permanencia en nuestro territorio por una estancia más larga, de forma más duradera. Su regulación está establecida en la normativa interna y en convenios internacionales, la mayoría de ellos bilaterales y expresivos del intervencionismo estatal y la crisis económica.

Al igual que el régimen de acceso, la permanencia en territorio español cuenta como texto base con el Decreto 522/1974, complementado por otras disposiciones. Lo que ahora interesa es la cuestión de los extranjeros *domiciliados*. Este término implica la fijación de una residencia principal que corresponda a un centro duradero de la vida social, económica o familiar, con la expresa autorización de las autoridades territoriales. Estas autorizaciones definen al extranjero domiciliado como aquel que goza de un permiso de permanencia o una autorización de residencia, confiriéndole ya el primero derechos y obligaciones y siendo requisito previo para la obtención del segundo. Los permisos de permanencia son concesión discrecional de la Dirección General de Seguridad, siendo los ordinarios de un plazo de tres meses, renovables por igual tiempo, y especiales con un plazo de validez no superior a un año. No obstante, si el extranjero titular de un permiso de permanencia tiene el propósito de residir en nuestro país de forma prolongada, lo que implica además la posibilidad de realizar una actividad profesional, podrá obtener una *autorización de residencia*, si justifica debidamente su pretensión. Esta tendrá una duración de dos años, renovables por otros dos, y transcurridos éstos podrá solicitarse por otros cinco.

Pues bien, al asilado se le concede una autorización de residencia, salvo en el supuesto establecido en el artículo 14, es decir, cuando se le concede o se le reconoce su condición provisionalmente por razones humanitarias (art. 3,3) por un plazo de seis meses, revisables después, si bien la revocación

posterior deberá fundarse en «causa justa» o «que afecte al orden público interior, seguridad exterior del Estado o intereses internacionales del mismo».

En lo que se refiere al permiso de trabajo, parece que es también de concesión automática, lo que indudablemente obvia muchas dificultades. Sin embargo, tener permiso de trabajo no conlleva evidentemente obtener un empleo, lo que significa una dificultad especial para los extranjeros en virtud de la legislación laboral española en esta materia.

Si la normativa sobre los efectos del reconocimiento tiene indudables aspectos positivos, sin embargo los artículos 15 y 16 hacen pensar lo contrario, ya que establecen que «por circunstancias excepcionales de índole política, económica y social podrá, con carácter general, denegarse la concesión de la autorización de la residencia y trabajo prevista en los artículos anteriores».

¿Qué significa esta precisión? ¿No es una fórmula lo suficientemente abstracta como para que la discrecionalidad del Estado, que domina toda la materia de extranjería, actúe con todas sus consecuencias? Evidentemente se trata de cláusulas de salvaguardia de los intereses del Estado para corregir la gravosa imposición de autodeberes aceptados en unas condiciones de generalidad³⁷. En efecto, según el artículo 15 «la adopción de las medidas previstas en el artículo 2.º de la Ley estarán sujetas a los medios efectivos con que cuente el Estado». Aquí se da un elemento de subjetividad, ya que no se fija qué se entiende por medios efectivos. Las enmiendas presentadas por los grupos políticos pedían su supresión, motivándola, por ejemplo, el Grupo Mixto en su carácter restrictivo, tendente a vaciar de contenido el derecho de asilo. Otro tanto ocurre con el artículo 16, según el cual «por circunstancias excepcionales de índole política, económica y social podrá con carácter general denegarse la concesión de la autorización de residencia y trabajo», si bien existe la limitación de los Convenios internacionales suscritos por España. En otro nivel, hay otra disposición de la Ley que, en cierta medida, puede debilitar el reconocimiento constitucional del asilo. Así, podría ser causa absoluta de denegación de asilo la contemplada en el apartado b) del párrafo 4 del artículo 3, cuando se prevé que en ningún caso se otorgará asilo a quien hubiere cometido, fuera del país por el que es perseguido o ha sido sancionado, un delito común grave. No obstante, la cualidad de delito común grave está bastante precisada por la referencia a la tipificación adecuada de la pena según nuestro Código penal, lo que introduce un elemento importante de seguridad jurídica.

De todos modos hay dos correcciones importantes a estos planteamientos:

a) La primera es que el párrafo 2 del artículo 16 entiende que son las Cortes, mediante norma con rango de Ley, a quienes corresponde la

³⁷ VITTA, E.: *Asilo territorial e diritti dell'uomo*, op. cit., p. 60.

LA LEY REGULADORA DE ASILO Y CONDICIÓN DEL REFUGIADO

apreciación de la concurrencia de tales circunstancias y la determinación del alcance de las medidas a adoptar, respetando en todo caso las situaciones preexistentes.

b) La segunda es que no se desprende de la Ley que la no concesión de residencia y trabajo conlleve la expulsión, como ocurriría en el supuesto de un extranjero que no goce de la condición de asilado, si bien están claras las dificultades para seguir en nuestro país sin tales autorizaciones.

Por último, el artículo 18,1, de la Ley determina que los asilados gozarán de los mismos derechos y libertades que los demás extranjeros, sobre todo podrán tener los documentos de viaje e identidad necesarios. En este sentido es preciso advertir que el goce de derechos y libertades por parte de extranjeros está establecido en el proyecto de Ley Orgánica de extranjería, que desarrolla lo preceptuado en el artículo 13,1, de la Constitución, aunque es lógico que no sean los mismos que les corresponden a los españoles ³⁸. Por otro lado, el documento de viaje e identidad no es concedido a un extranjero, por el simple hecho de que ya lo tiene por su país de origen. El proyecto regula este tema sólo en cuanto a los apátridas, disponiendo su artículo 25:

«El apátrida que se presente en los servicios del Ministerio del Interior manifestando que, por carecer de documentación propia y no poder renovar la validez de la que posee, desea ser documentado; después de practicada la pertinente información, podrá excepcionalmente obtener, en los términos que reglamentariamente se determinen, un documento de identificación llamado "cédula de inscripción" o un título de viaje, si desea salir de España...»

De todos modos el Estado sigue poniendo limitaciones temporales al goce de una residencia, establece medidas de control y especiales restricciones al derecho de asociación y expresión ³⁹. Además, los párrafos 2 y 3 del artículo 18 preceptúan que queda a la discrecionalidad de la autoridad gubernativa, «si bien por razones debidamente motivadas», la adopción de medidas que le garanticen plenamente la «no molestia» del asilado. No obstante, es positivo que tales restricciones se refieren a un grupo de asilados y no al individuo en sí.

c) *Reunificación familiar y garantías formales*

Finalmente nos vamos a referir a dos cuestiones que, si bien son propias del contenido del asilo, refuerzan nuestra tesis de que se debería haber tratado

³⁸ Proyecto de Ley Orgánica de derechos y libertades de los extranjeros en España de 11 de marzo de 1981, *Boletín Oficial de las Cortes. Congreso de los Diputados*, serie A, núm. 194-1, p. 1.297.

³⁹ Estas limitaciones no podrán atentar contra los standards mínimos impuestos por el Derecho internacional, en general, al Convenio de Ginebra de 1951 y al Convenio de Derechos del hombre en particular. MARTENS, B.: *Le droit d'asile*, op. cit., p. 245.

como un derecho del individuo. Se trata de dos previsiones de la ley que son especialmente positivas en este sentido. Nos referimos a la previsión de la extensión familiar del asilo, contenida en el artículo 10, y a las garantías formales de instrucción y asistencia de abogado, así como la información preceptiva al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los refugiados de las solicitudes de asilo.

Con la primera previsión se está dando cuerpo a un principio de reunificación familiar, que ya se reconoció en la Declaración sobre asilo territorial de las Naciones Unidas de 14 de diciembre de 1967⁴⁰. La Ley ha sido generosa y extiende el asilo a ascendientes y descendientes en primer grado y al cónyuge del asilado o a «la persona con la que se halle ligado por análoga relación de afectividad y convivencia» con el tajante límite que impone el artículo 3,4⁴¹. Se ha querido respetar situaciones familiares estables, haciendo un esfuerzo por superar concepciones tradicionales de nuestra legislación y práctica jurisprudencial y nuestro arcaico concepto de orden público interno. Sin embargo, es criticable la disposición cuando prevé la pérdida de la protección por la ruptura de vínculos entre los componentes del conjunto familiar.

El segundo aspecto positivo es la previsión del párrafo 4 del artículo 5.º, que garantiza a la persona una información sobre los derechos que le corresponden en virtud de esta Ley. En cierta medida es una obligación que asume el Estado, coherente con su opción de garantizar un estatuto jurídico a los asilados. La asistencia de abogado refuerza este compromiso estatal de atenerse al principio de legalidad en el tratamiento de aquéllos.

Finalmente, dentro de este cuadro de garantías que establece la Ley, se reconoce un cierto control internacional. Así será preceptivo informar al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los refugiados, sobre las peticiones de asilo. Se trata de una mediatización de carácter consultivo, pero representa una cierta limitación a los amplios poderes reconocidos por la Ley al Ministerio del Interior, paliando la ausencia de intervención del Ministerio de Justicia, que hubiera representado un cierto control jurisdiccional, independiente del poder ejecutivo y a favor de la persona humana. De este modo los organismos internacionales van a ser garantes de los derechos individuales en esta materia según las exigencias mínimas internacionales⁴².

⁴⁰ WEIS, P.: «The United Nations Declaration on territorial Asylum», en *Canadian Yearbook of international Law*, vol. 7, 1969, pp. 92-149; KOJANEK, G.: *Asilo territoriale: problematica nell'ambito delle Nazioni Unite*, op. cit., pp. 618 y ss.

⁴¹ Se introdujo por una enmienda del Grupo Mixto al artículo 10, motivándola en que se deberían reconocer las uniones de hecho, supuestos que se suelen presentar con suma frecuencia entre otras razones por la arbitrariedad propia de los gobiernos dictatoriales en estas materias, carencia de divorcio en tales países, etc. Congreso de los Diputados. Comisión constitucional, enmienda núm. 15, al proyecto de Ley de Asilo, p. 7.

⁴² En esta Ley ha desaparecido una instancia muy positiva que se preveía en la proposición de ley socialista de 1980 y que estaba destinada a garantizar el procedimiento de elegibilidad y las garantías judiciales del asilo. Era el SEPRÁ, un organismo autónomo encargado de tramitar el reconocimiento o la denegación de la condición de

3. *De la concesión y el reconocimiento de la condición de asilado*

La ley supedita la concesión y el reconocimiento de la condición de asilado a una serie de condiciones de fondo y forma. El asilo se podrá solicitar en función de unas concretas circunstancias, cuando concurren determinadas causas que justifiquen su petición. La concesión del asilo se produce por una conjunción del ámbito personal de la ley y del ámbito material. Así, el artículo 3.º contempla las causas que justifican el asilo, no en abstracto, sino cuando concurren unas situaciones personales diferenciadas cualitativamente. Por el contrario, las causas de denegación sólo están referidas a determinadas conductas que impedirían que se otorgara el asilo en España. Las condiciones de forma están referidas al momento de la presentación de la solicitud y a la apreciación discrecional que, a lo largo del expediente de tramitación, hagan las autoridades competentes (arts. 4.º al 11).

a) *Causas que justifican la solicitud de asilo*

El artículo 3.º, en sus dos primeros párrafos del apartado 1, contempla los supuestos clásicos de protección: *refugiados y perseguidos políticos*. En el primer caso se recogen situaciones humanas de desplazamiento, individuales o de grupo, pero referidas al refugiado en sentido estricto de acuerdo con la calificación del Convenio de Ginebra de 1951 y Protocolo de 1967, en función de los cuales se ha reglamentado la condición de refugiado en el título II de la Ley ⁴³.

En el segundo de los supuestos se contempla de modo genérico («quiénes») a los perseguidos políticos, condenados por delitos de tal naturaleza y conexos y a los perseguidos por el ejercicio de un derecho fundamental reconocido en nuestra Constitución. Este párrafo b) del artículo 3 plantea, en primer lugar, la interpretación o alcance de la expresión «quiénes». Creemos que está referida a cualquier persona perseguida por las causas expuestas. En este sentido quedarían comprendidos los apátridas y las personas desplazadas que no quedan encuadradas en el concepto estricto de refugiado. En definitiva, comprende a cualquier persona, con nacionalidad o sin ella, que sufra persecución por su Estado, por terceros Estados o incluso por el Estado de residencia con el que se hallare vinculado el apátrida ⁴⁴.

asilado. A su vez estaría conectado con ACNUR y sus decisiones serían recurribles por vía contencioso-administrativa, pudiendo ser parte o coadyuvante el propio ACNUR. MARIÑO, F.: *La futura ley de asilo española*, op. cit., p. 958.

⁴³ WEIS, P.: «Le concept de réfugié en Droit international», en *Journal de Droit international*, 1960, p. 929. También MARIÑO, F.: «El concepto de refugiado en un contexto de Derecho internacional general», en *REDI*, vol. XXXV, núm. 2, 1983, pp. 337 y ss.

⁴⁴ El proyecto de Ley de 7 de junio de 1983 contemplaba expresamente en el artículo 3. 1 b) y 2, los supuestos de apátridas y de doble nacionalidad. La primera situación, como acabamos de ver, se podría entender como implícitamente cubierta por la disposición que comentamos. *Boletín Oficial de las Cortes. Congreso de los Diputados*, serie A, núm. 32-I, pp. 326-327. VUKA, B.: «International Instruments dealings with the Status of stateless persons

También es importante precisar qué debe entenderse por «hechos conexos» a un delito político. De modo negativo podrían definirse como aquéllos que no sean calificados esencialmente como delito común por la normativa penal española y que, según un criterio de preponderancia, no revelen una singular perversidad del delincuente. Se atribuye al gobierno, como es usual en las leyes internas y tratados de extradición, la libre apreciación del carácter de la infracción. La Ley española de extradición de 1958 habrá de ser un elemento interpretativo, al igual que el Convenio europeo de extradición de 13 de diciembre de 1957 en su artículo 3.º,1, del que España es parte desde 1982.

Finalmente, la extensión de la protección a los perseguidos por actos que derivan del *ejercicio de un derecho fundamental reconocido en la Constitución española*, abre una puerta esperanzadora hacia la consideración del asilo como un derecho del individuo. Si un derecho fundamental cercenado es causa suficiente para solicitar asilo y si los derechos fundamentales —como ya hemos dicho— han de ser interpretados con arreglo a la normativa internacional (art. 10.2 de la CE), es indudable que existe en este punto una evolución positiva hacia valores internacionalistas.

La segunda situación personal, que tiene en cuenta el apartado segundo de dicho artículo, es la de los *extranjeros perseguidos*, sometidos a enjuiciamiento o condenados por diversas motivaciones (raza, etnia, religión, etc.). Este concepto amplio de persecución es coherente con la intencionalidad que refleja la disposición, porque se habla de «persecución en el país de su nacionalidad», lo que equivale a reconocer que la fuente de persecución pueden ser también terceros, a la vez que el propio Estado que enjuicia o condena.

En otro orden de cuestiones, los extranjeros, según el artículo 1.º del Decreto 522/1974, de 14 de febrero, son los que no gocen de la nacionalidad de españoles⁴⁵. Habría que tener en cuenta, pues, las situaciones que puedan surgir de una doble nacionalidad y considerar si, en la medida en que se trata de personas vinculadas con dos Estados, quedan cubiertas por el contenido de esta disposición. Sería preciso delimitar, ante los efectos de no devolución, no extradición y posible expulsión previstos en la ley, qué nacionalidad debería ser tenida por efectiva en los supuestos de anomalía o convencional. Este último caso plantea menos problemas según el criterio de nuestro ordenamiento jurídico, que mantiene la vinculación con el domicilio registral.

and of refugees», en *RBDI*, vol. 8, 1972-1, pp. 143 y ss. Esta regulación implícita de los apátridas es insuficiente, dado que el artículo 13.4 de la Constitución los menciona expresamente y, por tanto, deberían haber sido aludidos directamente para evitar una interpretación que puede ser problemática.

⁴⁵ El Decreto 522/1974, de 14 de febrero, es formalmente derecho vigente, pese a lo que establece el número 3 de la disposición derogatoria, hasta tanto no entre en vigor el proyecto de ley orgánica de derechos y deberes de los extranjeros de 11 de mayo de 1981. El Decreto está publicado en el *BOE* de 27 de febrero de 1974, núm. 56.

En el contexto de esta causa de solicitud es interesante resaltar el alcance de la expresión «aun cuando parezcan motivados por un delito de naturaleza común». El Estado se compromete a hacer análisis de fondo de las situaciones, que evite la simple argumentación del Estado de origen de que se trata de un delito común que pueda justificar una petición de extradición. Se trata de un compromiso positivo del Estado español para asilar realmente cuando las circunstancias humanas de persecución se deben a una violación de derechos por parte de personas que luchan [2, b)] contra los sistemas no democráticos y contra las condiciones totalitarias de su país.

Las *razones humanitarias* son la última de las causas previstas en el artículo 3.º, 4. Nada habría que objetar en este sentido, pues se trata de un valor muy positivo de la Ley. Sin embargo, esta previsión ha de conectarse con los artículos 14 y 15 y se puede recelar del alcance que la autoridad pertinente pueda dar a las cláusulas de salvaguardia que se refieren al orden público interior, seguridad exterior del Estado, intereses internacionales o a los medios efectivos con que cuente el Estado. Así también restringe este carácter positivo la provisionalidad de la concesión de asilo y las condiciones especiales de residencia y trabajo a que puede quedar sometido este supuesto de concesión por «razones humanitarias».

b) *Causas de denegación del asilo*

Las causas de denegación del asilo tienen en sí un efecto negativo absoluto. Se desvinculan de las situaciones personales específicas. Su propia naturaleza y gravedad impiden la concesión del asilo en España.

El párrafo 4 del artículo 3.º dispone de modo tajante que «en ningún caso se otorgará asilo a las personas que hubieren llevado a cabo determinadas conductas». La expresión «personas» en este caso significa una prohibición general e indiscriminada para *todos* aquellos que incurrieren en los tres supuestos expresamente consignados en los apartados a), b) y c).

En el primer apartado se reconoce y condena determinadas conductas odiosas y aberrantes que, según el Derecho internacional, son consideradas por la naturaleza del acto como delitos o crímenes internacionales perpetrados contra la paz, la humanidad, o de guerra. Asimismo se consideran como causa absoluta de denegación los crímenes de genocidio. Todos estos supuestos se corresponden con las causas clásicas de responsabilidad penal internacional de los individuos. También se recogen supuestos actuales de responsabilidad como los atentados a la seguridad de la aviación civil, los secuestros de aviones, la seguridad de las comunicaciones y los delitos de terrorismo, a los que España viene obligada en unos supuestos por normas generales de Derecho internacional y en otros por convenios específicos

internacionales ratificados válidamente ⁴⁶. Constituyen, por tanto, derecho interno que ha de ser aplicado y han de ser sancionados por los órganos del Estado y por los tribunales internos. El derecho interno impide, pues, la consolidación de situaciones jurídicas a favor de personas, autoras de conductas punibles, que estuvieren en flagrante contradicción con la normativa (interna e internacional) y tuvieren la pretensión de reconocimiento de un estatuto legal.

Constituye también una causa de denegación el haber cometido un delito común grave, entendiéndose por tal el que estuviere sancionado por el Código penal español con pena igual o superior a la de prisión mayor. Son conductas atentatorias de la convivencia social de un país que se constituyen en causa absoluta de denegación como medio de protección de nuestro propio orden legal y de convivencia.

Finalmente, la Ley señala dos causas de denegación establecidas con cierta analogía en su significado y alcance. Se trata de los actos contrarios a los Principios de las Naciones Unidas y/o de la Constitución Española. El Preámbulo de la Constitución de 1978 se refiere implícitamente a ellos al proclamar el compromiso de la Nación española a colaborar en «el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la Tierra». Se podría interpretar que España reconoce que la Carta de las Naciones Unidas, de valor y alcance universal hoy, representa la Constitución de la Comunidad internacional en su conjunto. En consecuencia, los atentados contra los principios de convivencia pacífica internacional son como los atentados a la Constitución española, causa absoluta para la denegación del asilo en España.

c) *Aspectos procedimentales y garantías jurisdiccionales*

a') La solicitud de asilo y sus efectos:

Si un extranjero en sentido amplio (incluyendo, por tanto, a los apátridas) aparece incurso en alguna de las causas establecidas en el ordenamiento jurídico español como justificativas de la solicitud de asilo, estará en condiciones de pedirlo en nuestro territorio. La reglamentación va a venir determinada por normas de carácter interno, estatal, y la concesión será competencia de una autoridad gubernativa que, como es lógico, operará con un amplio margen de discrecionalidad. Dicha autoridad se concreta en el Ministerio del Interior, oída una Comisión consultiva.

Debe tenerse en cuenta, en relación a la normativa general de extranjería vigente en nuestro país, que la petición de asilo hecha en cualquier frontera

⁴⁶ VILARIÑO, E.: «El Convenio europeo sobre la represión del terrorismo», en *RJE*, t. IV, Madrid, 1977-2, pp. 427 y ss.; y LILLICH, B.: «Controlling transnational Terrorism: the Relevance of international Law», en *Procc. Am. Society International Law*, 1978, pp. 343 y ss.

supondrá la *admisión provisional* del extranjero ⁴⁷, sin perjuicio de lo que pueda acordarse definitivamente por el Gobierno (art. 4.º, párrafo 2), precepto totalmente adecuado, pues, si no se produce esa admisión, el derecho de asilo carecería en la mayoría de las ocasiones de sentido. Asimismo se admite la *entrada ilegal* en territorio español con ciertos requisitos (art. 4.º párrafo 1) y se permite que la persona *carezca de la documentación exigida*, pudiendo en este caso establecerse una medida cautelar concretada en la fijación de residencia obligatoria hasta tanto no se resuelva la solicitud (art. 4.º, 2, apartado 2).

Es verdad que hasta ahora, y por carencia de normas al respecto, la doctrina española se apoyaba en la regla del artículo 9.º del Decreto de 1974 para dar una solución a las situaciones de refugio, con lo que, por analogía, se podría aplicar a este supuesto ⁴⁸. No obstante, y precisamente por encontrarse el solicitante del asilo en una situación distinta y en la mayoría de las ocasiones más grave que las que se prevén en la entrada normal de extranjeros, se hacía necesario el establecimiento de reglas específicas en la Ley de asilo. Pero el Estado permite estas situaciones con una serie de limitaciones contenidas en el propio artículo 4.º: presentación inmediata a la autoridad competente, residencia obligatoria en el caso de carencia de documentación. Ello demuestra su absoluta competencia para reglamentar la admisión de dichos individuos en su territorio y la inexistencia de un derecho a entrar libremente en nuestro país ⁴⁹.

La Ley de asilo dispone que sea presentada la solicitud ante la autoridad gubernativa competente, pero no se especifica el órgano encargado de recibir la petición. Quizás, a la luz de la Orden de 19 de mayo de 1979, que regula provisionalmente el reconocimiento de la condición de refugiado ⁵⁰, pudiera pensarse que para recibir y cursar las solicitudes de asilo serían competentes la Dirección de Seguridad del Estado y las Jefaturas Superiores o Comisarias Provinciales de Policía. Lo que sí queda claro en la Ley es que la petición de asilo puede presentarse fuera de nuestras fronteras ante la Embajada o Consulado español, debiendo ser cursada a través del Ministerio de Asuntos Exteriores.

⁴⁷ El antiguo proyecto socialista publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* de 28 de abril de 1980 permitía la *admisión provisional*, pero en una de las enmiendas presentadas por UCD se eliminaba toda referencia a la misma.

⁴⁸ Su texto es: «*Excepcionalmente* la Dirección General de Seguridad podrá autorizar la entrada o tránsito por territorio español a los extranjeros que pretendan hacerlo con documentación deficiente o incluso sin ella, *siempre que medie causa suficiente*, conste su personalidad y se comprometan a subsanar el defecto existente, si fuere posible, adoptándose entre tanto las medidas oportunas en cada caso».

⁴⁹ En este sentido es indicativa la sentencia del Tribunal Supremo español (Sala Cuarta) de 25 de junio de 1980, por cuanto entiende que el artículo 19 de la Constitución española de 1978 reserva este derecho a los nacionales al disponer que: «asimismo tienen derecho (los españoles) a entrar y salir libremente de España en los términos que la ley establezca».

⁵⁰ *Boletín Oficial del Estado* de 24 de mayo de 1979, núm. 124.

En igual sentido, no se regula de manera muy explícita el procedimiento a seguir hasta la concesión o denegación del asilo, desde el momento en que el artículo 5.º, apartado 3, afirma:

«Reglamentariamente se establecerán las normas de procedimiento para la concesión de asilo, situación provisional de los solicitantes y documentación en que se determine tal situación»,

lo que hace suponer que, mientras tanto, tal vez se siga el procedimiento recogido en la Orden de 16 de mayo de 1979. No obstante, los aspectos más importantes de la concesión –o denegación en su caso– aparecen recogidos en los artículos 6.º, 7.º y 8.º de la Ley. Así, la concesión será de la competencia del Gobierno, a petición de la parte interesada, apareciendo la voluntad de la persona como un requisito imprescindible que no implica, como se ha visto en páginas anteriores, un derecho de asilo de la misma. *El Ministerio del Interior*, en función del párrafo 2 del artículo 7.º de la Ley, incoará expediente al que se incorporarán, en su caso, los informes de las Asociaciones legalmente reconocidas..., debiendo someterse seguidamente a una Comisión Interministerial creada al efecto ⁵¹.

Ciertamente, la necesidad de consulta a una Comisión antes de decidir –recogida en el art. 6.º– es quizás uno de los puntos más importantes de la Ley. Se crea en el seno del Ministerio del Interior este organismo que informará sobre las solicitudes de asilo. La Comisión estará compuesta por un representante del Ministerio de Asuntos Exteriores, Justicia, Interior, y Trabajo y Seguridad Social. Deberán determinarse reglamentariamente las normas sobre el funcionamiento de la misma y habrá de ser creada por el Gobierno, de acuerdo con la disposición adicional segunda, en el plazo de tres meses. El precepto contenido en el artículo 6.º es importante por cuanto supone un límite al poder discrecional del Ministerio del Interior, un control sobre el mismo desde el momento en que su propuesta es decisiva en función del artículo 7.º de la Ley de asilo. En efecto, si aquella coincide con el criterio del Ministerio del Interior, éste emitirá la resolución pertinente, y en caso de discrepancia habrá de elevarse el expediente al Consejo de Ministros ⁵².

Por último, es de señalar que la solicitud de asilo genera una serie de efectos que son consecuencia lógica de la protección que el mismo implica.

⁵¹ La Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior elaboró un documento sobre autoridades competente para el reconocimiento de la condición de refugiado en Derecho comparado, donde afirma que, en la mayoría de los países occidentales la competencia para el reconocimiento de la condición de refugiado y la concesión de asilo, está atribuida «al Departamento Ministerial que tiene asignada la competencia genérica en materia policial», cuando parece ser que sólo respecto de tres países de los once examinados: República Federal Alemana, Gran Bretaña y Suiza, se afirma en el documento de una manera inequívoca una competencia directa de dicho Ministerio, pero incluso podría dudarse en cuanto a los tres examinados. Así, por ejemplo, en el caso de la República Federal Alemana se permite, en última instancia, recurso ante el Tribunal Constitucional, toda vez que el derecho de asilo emana de la Constitución.

⁵² Bandrés proponía la supresión de la Comisión y su sustitución por el Servicio para la Protección de los Asilados (SEPRA).

Dichos efectos, junto con las garantías formales de asistencia de abogado o el informe al Alto Comisionado de las Naciones Unidas, reflejan fundamentalmente el principio de Derecho internacional de no devolución y sus complementarios: la no expulsión y la no extradición.

En cuanto al primero, recogido en el artículo 5.º, 1, confirma que el Estado acogerá, revocará y condicionará la no expulsión como un acto del ejercicio de sus competencias soberanas. De la lectura de este apartado 1 surgen una serie de problemas que van desde la indeterminación de los conceptos salud y seguridad pública –motivos que permitirían la adopción de medidas cautelares–, hasta el no establecimiento de cuáles habrían de ser estas medidas, lo que conlleva a la entrada en juego del artículo 5.º, 3, en cuanto a su reglamentación por el Gobierno. Esa misma indeterminación aparece en el párrafo 2 del citado precepto por cuanto, si se admite la expulsión cuando concurren *de modo notorio* las causas de denegación que el propio texto legal establece. El problema está no sólo en el órgano competente para interpretar la existencia de tal notoriedad, sino también en el hecho de que el precepto continúe:

«la adopción de esta medida no suspenderá la tramitación del expediente.»

Ello hace pensar en una absoluta incongruencia del precepto porque si realmente hay una causa de denegación, no habrá lugar, en ningún caso, a la concesión del asilo; y si existe una duda razonable, no se entiende cómo puede expulsarse (o no admitirse) al solicitante de nuestro territorio cuando, al parecer, se dispone de las medidas cautelares precisas.

En lo que se refiere a la no extradición, el artículo 5.º, 2, *obliga a la suspensión hasta la decisión definitiva, de cualquier proceso de extradición* del interesado que se halle pendiente. Esto supone una protección temporal importante ya que dicho término, decisión definitiva, debe interpretarse en su más estricto sentido: el proceso quedará en suspenso hasta que, en última instancia, y tras haber hecho uso de todos los recursos que la Ley prevé en caso de denegación, ésta sea de todo punto inapelable. Si se tiene en cuenta la tardanza que implica todo proceso burocrático, va a haber un lapsus de tiempo considerable y un margen mayor de posibilidades para el solicitante del asilo.

b') Denegación, expulsión y revocación:

La Ley reguladora del derecho de asilo entiende, como ya se ha dicho, que la concesión o denegación del asilo será competencia del Gobierno. Se exige para lo primero, con arreglo al artículo 7.º, que haya pruebas de que se reúnen los requisitos establecidos, aunque también se estima bastante la existencia de indicios suficientes, lo que puede beneficiar la concesión debido a que muchas

veces será difícil poder demostrar que se es un perseguido político. Por su parte, el artículo 9.º dispone que si se deniega el asilo por falta de datos probatorios y luego éstos aparecieran, se puede proceder a una *reexamen*, a una *revisión del expediente*. El problema está en determinar en qué situación se permanece en España durante ese tiempo, si realmente sería factible la vía y, sobre todo, si en algunas ocasiones no se produciría mientras tanto la expulsión o la extradición del extranjero.

Es verdad que el artículo 17 afirma que la denegación del reconocimiento, *salvo en el caso de entrada ilegal en España...*⁵³, no implicará la expulsión del solicitante, quien estará en las mismas condiciones que cualquier otro extranjero para obtener la autorización de residencia y trabajo. Pero dichas autorizaciones son difíciles de conseguir, se necesita la entrada en España de manera adecuada, su concesión es discrecional⁵⁴. Se trata, en consecuencia, de un precepto que, si en principio pudiera parecer progresivo, es de temer que en definitiva se producirá la expulsión de nuestro territorio por darse las circunstancias que la normativa general de extranjería establece para la misma. De todos modos, la regla del artículo 17 mantiene el respeto al principio de no devolución y remite a los supuestos contemplados en el artículo 3.º, de este texto legal.

Pero si la expulsión en este caso aparece como un efecto derivado de la denegación, en el artículo 19 se contempla otro supuesto de expulsión que incide en las personas que gozan ya de la condición de asilados, tipificándose como causas únicas las actividades graves o reiteradas contra la seguridad interior o exterior del Estado⁵⁵, si bien se concede al expulsado un plazo *razonable* para su admisión *legal* en otro país⁵⁶. Habría que preguntarse en este punto en qué situación se encontrará el asilado expulsado mientras consigue su entrada y establecimiento legal en otro país. ¿Tendrá absoluta libertad y todos sus derechos garantizados en el nuestro? ¿Se le impondrá un régimen de prisión preventiva o una serie de medidas cautelares? ¿Permanecerá en prisión, incluso después de haber cumplido la pena por el delito cometido, como ha venido ocurriendo con los extranjeros que iban a ser expulsados de nuestro territorio? Aunque parte de la contestación a estas

⁵³ Es de señalar que el artículo 23 del Proyecto de Ley Orgánica de derechos y libertades de los extranjeros recoge como causa de expulsión en su apartado d): «se encuentren ilegalmente en España».

⁵⁴ En efecto, según la disposición final primera del Real Decreto 1031/1980, de 3 de mayo (BOE de 31 de mayo de 1980): «Las resoluciones de las autoridades gubernativas y laborales, en las materias a las que se refiere esta disposición, pondrán fin a la vía administrativa».

⁵⁵ A pesar de que fueron muchas las enmiendas presentadas, ningún grupo parlamentario pidió una tipificación más expresa de aquellas conductas que puedan afectar a la seguridad interior o exterior del Estado, cuando ello hubiera sido necesario en función de los preceptos contenidos en los títulos I y II del libro II de nuestro Código penal. Valga de ejemplo el capítulo VIII del libro II, artículo único: «De las blasfemias».

⁵⁶ En la actualidad para expulsión de extranjeros en general el texto básico es el Decreto tantas veces citado 522/1974, de 14 de febrero, que debe entenderse derogado en aquello que contravenga la Constitución española y el Convenio del Consejo de Europa para la protección y salvaguardia de los derechos y libertades fundamentales de 4 de noviembre de 1950, ratificado por España el 4 de octubre de 1979 (BOE de 10 de octubre).

preguntas habrá de venir dada reglamentariamente, lo cierto es que la normativa sobre asilo se adecua a lo preceptuado en los artículos 24, 31 y 32 del proyecto de Ley orgánica de derechos y libertades de los extranjeros. Así, se establecen en el artículo 19,2 de la misma una serie de garantías fundamentales: comunicación de la expulsión al interesado, información de los recursos de que dispone y suspensión de la medida si éstos fueren ejercitados en el plazo de diez días⁵⁷. También es de señalar que en la norma que se está analizando sigue latente el principio de no devolución, concretado en la obligación para la autoridad gubernativa de no expulsar *a ningún país donde pueda temerse persecución o castigo*⁵⁸.

Finalmente, constatar que la Ley deja al Ministerio del Interior la posibilidad de *revocar* su propia decisión cuando concurren una serie de circunstancias recogidas en el artículo 20. Junto a las tres primeras (documentos o declaraciones falsas para obtener el reconocimiento; abandono del territorio nacional con adquisición de residencia en otro país; posibilidad de poder regresar sin peligro a su propio país), que responden de manera lógica al propio contenido de la Ley, el apartado *d)* se eleva a las causas establecidas en los convenios internacionales ratificados por España, lo que indiscutiblemente supone un mayor grado de protección de la persona⁵⁹.

c') Recursos:

Un aspecto fundamental en la regulación del asilo lo constituyen los recursos de que puede disponer el extranjero al que se deniega la posibilidad de gozar de la condición de asilado. En este punto la Ley española entiende que contra la denegación sólo cabe recurso de alzada y posterior de súplica ante el Consejo de Ministros (art. 21, apartados 1 y 2).

Sin embargo, es importante el precepto recogido en el apartado 2 del artículo 21 por cuanto se permite el recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa. De la aceptación de dicho recurso puede deducirse que, si bien la concesión y, por tanto, la denegación, es competencia exclusiva de la autoridad gubernativa y que el asilo es un acto *imperii*, no lo sería de manera tan acusada la no aceptación de la petición o la revocación de la decisión tomada. En ambos casos se estaría afectando a los derechos fundamentales del

⁵⁷ En función del Decreto de 1974 no existe ningún recurso contra la expulsión. La doctrina ha querido ver una vía en el art. 122 de la Ley de Procedimiento Administrativo. El Proyecto de Ley Orgánica de derechos y libertades de los extranjeros establece no sólo la posibilidad de agotar la vía administrativa, sino también el recurso de amparo previsto en el artículo 53, 2, de la Constitución.

⁵⁸ La exposición de motivos de la Ley habla de país perseguidor, salvo casos de extradición formalmente acordada; el artículo 12 se refiere «al país donde pueda tener motivos para temer fundadamente...»; el 17, 2, utiliza la expresión de «un país», y el 19, 1, «otro país», ampliándose en estos dos últimos supuestos el elenco de países a donde no puede ser expulsado, con lo que parece que se garantiza una mejor defensa de la vida e integridad personal del interesado.

⁵⁹ Es interesante que en la enmienda número 18 del Grupo Mixto no se enumera causa alguna para proceder a la revocación sino que se establece una remisión a los casos previstos en la Convención de Ginebra de 1951.

extranjero por lo que debe concedérsele una protección jurisdiccional. Y así, a tenor de la disposición transitoria primera, mientras no sean dictadas las normas reguladoras del amparo judicial, habrá de ajustarse en cuanto al procedimiento a la Ley 62/1978, de 28 de diciembre (arts. 6.º al 10)⁶⁰. No obstante no se da el último paso desde el momento en que, si bien hay una posibilidad de que llegue a ser factible el recurso de amparo⁶¹ ante el Tribunal Constitucional, actualmente no existe la confirmación⁶². Es de lamentar que no se tuviera en cuenta el informe de la Ponencia cuando refiriéndose al artículo 21 decía:

«La Ponencia quiere hacer constar aquí ciertas dudas que esta redacción le sugiere en cuanto a si la remisión al procedimiento contencioso-administrativo especial sobre protección jurisdiccional de derechos fundamentales y libertades públicas abre, automáticamente, la ulterior vía de amparo ante el Tribunal Constitucional; y asimismo, sobre las consecuencias de cerrar esta vía -sustituyéndola por un recurso de súplica- a las resoluciones del Consejo de Ministros»⁶³.

II. LA CONDICIÓN DE REFUGIADO

1. Reconocimiento de la condición de refugiado

La nueva Ley española sobre derecho de asilo y condición de refugiado dedica su título II a regular las circunstancias específicas de esta última situación. Se trata de un título nuevo que aparece en un momento tardío de discusión del proyecto de ley a través de la enmienda número 135 del Grupo Socialista y que fue aceptado por la Ponencia con ciertas modificaciones. Dichas situaciones de refugio quedan sustanciadas en tan solo tres artículos (21, 22 y 23) y aparecen bastante indeterminadas a la espera de que el Gobierno regule el procedimiento a seguir para la condición de refugiado (disp. final, párraf. 2), lo que implica no sólo un posterior desarrollo, sino también el dar de nuevo una fuerte competencia a la autoridad gubernativa. De este modo se separan los conceptos de asilado y refugiado y se produce una discriminación respecto de estos últimos desde el momento en que no se

⁶⁰ Respecto a la innovación y carácter progresista de la Ley 62/1978, puede verse, CANO MATA, A.: «Derechos y libertades fundamentales: su protección jurisdiccional», *Revista de Derecho Público*, 1983, núm. 91, pp. 290-293.

⁶¹ En este sentido recuérdese la opinión del profesor Mariño, ya citada, en cuanto a que el recurso de amparo no cabe excluirlo *a priori* para todas las materias recogidas en la Ley de Asilo. Véanse notas 23 y 24 de este mismo artículo.

⁶² El artículo 41 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 2 de octubre de 1979 entiende que serán susceptibles de amparo los artículos 14 a 29 de la Constitución.

⁶³ Informe de la Ponencia. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, serie A, Proyectos de Ley, núm. 32, 1.4, páginas 330-337

LA LEY REGULADORA DE ASILO Y CONDICIÓN DEL REFUGIADO

complementa ni se mejora en absoluto un convenio internacional que, lógicamente, está redactado en términos más generales y ambiguos que la normativa reguladora del asilo en Derecho español.

La exposición de motivos de la Ley afirma que la regulación establecida es complementaria del Estatuto de los Refugiados (Ginebra, 28 de junio de 1951) y el Protocolo sobre el mismo tema (Nueva York, 31 de enero de 1967), que hoy forman parte del ordenamiento jurídico español como consecuencia de la adhesión de 22 de junio de 1978. De ahí que, conforme al artículo 22,1, se admitan como refugiados y se les reconozca tal condición a quienes cumplan los requisitos establecidos en los convenios internacionales suscritos por España, y en especial los recogidos en el Convenio y Protocolo ya citados⁶⁴. Por su parte, el párrafo 2 del artículo 22 amplía el concepto, si bien con perspectivas de futuro, al estimar que se aplicaría a *cualquier persona* un acuerdo internacional que recoja un concepto más amplio siempre, claro es, que España lo ratifique⁶⁵. Todo ello supone, como dice el profesor Pérez Bevia: «que la determinación del estatuto de refugiado o, como también se ha convenido en llamar, la “elegibilidad”, constituye no sólo una necesidad técnica, sino también una cuestión previa que condiciona la aplicación del régimen»⁶⁶.

Sin embargo, nuestra pretensión, como se dijo en las páginas introductorias, es ajustarse al examen del contenido, alcance y efectos de la reciente Ley española. Por lo tanto, habrá de dejarse en principio de lado el análisis de todos y cada uno de los elementos que componen la definición del concepto de refugiado establecida por los instrumentos convencionales 1951-1967, tarea ya realizada por destacados especialistas⁶⁷, y dedicar nuestra atención a lo que, en su caso, complementa el texto legal español. No obstante, es muy

⁶⁴ Dice el artículo 1.º, sección A, del Convenio de Ginebra: «...que, como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1 de enero de 1951 y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores no quiera, acogerse a la protección de tal país; o que careciendo de 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». El Protocolo de 1967 suprime la limitación de lugar y tiempo establecida en el citado texto.

⁶⁵ Ampliación importante puesto que no existe en el precepto ni límite temporal ni geográfico. Para nosotros el ámbito de aplicación de ese futuro tratado tendría un alcance universal.

⁶⁶ PÉREZ BEVIA, J. A.: «La determinación del estatuto de refugiado». *Anuario de Derecho Internacional*, vol. IV, Pamplona 1982, pp. 173-174.

⁶⁷ Como trabajos más recientes: HARTLING, P.: *Concept and definition of refugee legal and humanitarian aspects*. Nordisk tidsskrift for International Ret., 48, 1979, fascs. 3-4, pp. 125-138; WEISS, P.: *The concept of the refugee in International Law*, JDL, 1960, 87-84, pp. 329-1001; SHIMADA, Y.: *The concept of the political refugee in International Law*, Jap. AIL, 1975, pp. 24-38; VIERDAG, E.: *Asylum and refugee in International Law*, NILR, 1977, pp. 287 y ss.; JAEGER, G.: *Statut et protection internationales des réfugiés*. Institut international des droits de l'homme, 9.ª sess. d'enseignement, juillet 1978, pp. 1 y ss. Dentro de la doctrina española, MARINO MENÉNDEZ, F.: *El concepto de refugiado*, cit.; PÉREZ BEVIA, J. A.: *La determinación...* cit. Por su parte el ACNUR se ha ocupado del tema, llegando en el párrafo 6, de su Estatuto, a una definición prácticamente idéntica a la contenida en el Convenio de 1951. Un estudio comparativo de ambas definiciones en GRAHL-MADSEN, A.: *The status of refugees in International Law*, vol. I, Leyden 1966, p. 105.

importante señalar que, de acuerdo con el Convenio de 1951, una persona es refugiado tan pronto como reúna los requisitos enunciados en la definición. La decisión que adopta un Estado Parte cuando aplica el concepto de refugiado allí establecido es declarativa⁶⁸, se concede el estatuto simplemente declarando que una persona determinada se encuentra en la situación que define el convenio. El problema está en que, por la ambigüedad de los términos utilizados, la interpretación de la disposición contenida en el artículo 1.º del acuerdo será realizada por cada uno de los Estados Parte y, en los países donde se necesita la determinación del estatuto de refugiado para poder acceder a ciertos derechos o beneficios, la decisión de la autoridad competente es pertinente y es generalmente considerada como una confirmación de dicho estatuto⁶⁹.

Todo reconocimiento de refugio implica un estado de protección que debe quedar plasmado en la no devolución de la persona al país perseguidor. Se trata de un principio general de Derecho internacional que aparece recogido en el artículo 33 del Convenio de 1951⁷⁰. Si bien con una excepción establecida en el párrafo 2 de dicho artículo⁷¹. Este precepto, como afirma el profesor Mariño: «Constituye una de las pruebas principales de la vigencia en Derecho internacional de una obligación de *non refoulement* entendida en sentido amplio⁷², lo que supone el derecho del “refugiado” a exigir los beneficios derivados de la misma. Pero no hay más, no se lleva hasta sus últimas consecuencias este deber de protección si bien todo Estado tiene el derecho de rehusar expulsarlo y de negarse a entregarlo en extradición⁷³».

Al comparar esta regulación con la que ha recibido el asilo en el ordenamiento jurídico español se pone de manifiesto la desigualdad existente tanto en la concreción de ese deber de protección como en el mayor grado en que se encuentra establecido con respecto al asilo. En éste no hay excepciones, salvo en caso de denegación, la extradición formalmente acordada; en ningún tipo de supuestos cabe la expulsión a un país donde pueda tener motivos fundados para temer persecución o castigo (art. 17, 2), y la propia exposición de motivos de la ley deja claro que la concesión conlleva el desestimar las

⁶⁸ Sobre la naturaleza declarativa de la elegibilidad existe una amplia unanimidad en la doctrina. Así, WEISS, P.: *Le concept...* cit. p. 945; GRAHL-MADSEN, A.: *The status...* cit., p. 340; JAEGER, G.: *Status...* cit. p. 12; MARIÑO MENÉNDEZ, F.: *El concepto...* cit. p. 368; PÉREZ BEVIA, J. A., *La determinación...* cit., p. 189.

⁶⁹ En este sentido, WEIS, P., *op. cit.*, p. 945; PRAKASH SINHA, S.: *Asylum and International Law*, La Haya, 1971, p. 118.

⁷⁰ Artículo 33, 1: «Ningún Estado contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno un refugiado en las fronteras de territorios donde su vida o libertad peligre a causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social o de sus opiniones políticas.

⁷¹ Establece el párrafo 2 del artículo 33: «Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por delito particularmente grave, constituya una amenaza para la seguridad de tal país».

⁷² MARIÑO MENÉNDEZ, F.: *El concepto...* cit., p. 364.

⁷³ En este sentido, GRAHL-MADSEN: *Territorial asylum...* cit., p. 12.

peticiones de extradición ⁷⁴. En la creación de este título II de la Ley quizá esté latente la oposición de los Estados, y por supuesto también del español, a un aumento de sus obligaciones internacionales en cuanto a la protección de refugiados, como quedó de manifiesto en la fracasada Conferencia de las Naciones Unidas sobre Asilo Territorial de 1977. Por el contrario, en materia de asilo no existe ningún convenio que obligue al *reconocimiento de tal cualidad* por lo que el Estado no pierde un ápice de su soberanía, la concesión va a ser discrecional y, por tanto, no tiene ningún inconveniente en, una vez concedido, llevar el contenido del asilo «casi» a sus últimas consecuencias ⁷⁵.

Asimismo, el reconocimiento de la condición de refugiado debe implicar la concesión de una serie de autorizaciones y documentos que permitan al individuo una permanencia *legal* en España de acuerdo con la normativa reguladora del establecimiento de extranjeros en nuestro territorio. A tal efecto el artículo 22, en su apartado 3, dispone:

«A las personas a quienes se conceda el refugio en España siempre que deseen realizar una actividad lucrativa por cuenta propia o ajena, *se les podrá* extender los correspondiente permisos de residencia y trabajo»,

precepto que debe ser condenado por la situación de indefensión en que puede llegar a encontrarse el refugiado.

Ciertamente, y como se ha puesto tantas veces de manifiesto, la discrecionalidad del Estado en materia de entrada, establecimiento y salida de extranjeros no es discutida ni limitada en el ámbito del Derecho internacional, ni siquiera en lo referente a unas personas concretas: los refugiados. Así, el Convenio de 1951 en ningún momento obliga al Estado a conceder las pertinentes autorizaciones y a lo más que llega es a imponer una igualdad de trato con respecto al régimen de extranjeros. Lo único que exige, a tenor del artículo 27, es la expedición de un documento de identidad cuando el interesado no posea título válido de viaje, y éste, en función del artículo 28, sólo se expedirá a los refugiados que se encuentren *legalmente* en el territorio... Pero es que, para permanecer legalmente en un país, en este caso España, se necesita estar en posesión de las autorizaciones correspondientes, y no sólo cuando se va a realizar una actividad lucrativa.

La Ley española, al no aportar nada que complemente el convenio, equipara al refugiado con el extranjero en general sin tener en cuenta que aquél difícilmente va a reunir los requisitos exigidos en el Real Decreto 1031/1980, de 3 de mayo, siendo lo más probable que se le deniegue la autorización de residencia y permiso de trabajo. De este modo, si se tiene en

⁷⁴ Exposición de motivos que era común a asilados y refugiados en el proyecto de 7 de junio de 1983.

⁷⁵ Recuérdese que el artículo 3.º de la Ley pone de manifiesto el hecho de que el asilo es un más, desde el momento en que el apartado 1, párrafo a), establece que podrán solicitar asilo en España: «las personas a quienes se les hubiera reconocido la calidad de refugiado de acuerdo con lo dispuesto en el título II de la presente Ley».

cuenta que, según la disposición final primera del citado Real Decreto, las resoluciones administrativas y laboralés ponen fin a la vía administrativa, se podrá comprender la situación de absoluta indefensión del refugiado. Norma aún más condenable desde el momento en que tanto el proyecto socialista de 1980 como el proyecto de ley de 7 de junio de 1983, establecen que el reconocimiento de la cualidad de refugiado significa la concesión automática de la autorización de residencia, y en cuanto al permiso de trabajo, se dispensa en el primero y se concede de inmediato en el segundo. Y así aparece de nuevo una discriminación importante con respecto al asilo ya que, por el artículo 13 de la Ley, se provee al asilado de todos los documentos necesarios para un establecimiento legal en España ⁷⁶. Y tampoco puede esperarse que se produzca un trato más favorable cuando se reglamente el procedimiento. El precedente lo constituye la Orden de 16 de mayo de 1979 que remite a la normativa general de extranjería vigente en Derecho español ⁷⁷.

Esta situación puede agravarse al ser posible la expulsión de la persona que goza de la condición de refugiado a través de una resolución que deriva pura y simplemente de un acto administrativo interno. Ello es así porque el Estado, si bien permite la entrada y establecimiento de extranjeros en su territorio, se reserva siempre la potestad de expulsarlos conforme a su propia legislación, facultad que en el supuesto de refugiados aparece reconocida «a contrario» en el artículo 32, 1 del Convenio de Ginebra:

«Los Estados contratantes no expulsarán a refugiado alguno que se halle *legalmente* en el territorio de tales Estados...»

lo que significa que, si no está legalmente, puede procederse a la imposición de tal medida. Ello no obsta para que existan unas concretas garantías ni para que el principio de *non refoulement* se siga respetando ⁷⁸. Pero lo que interesa resaltar es la posibilidad de expulsión por no reunir los requisitos legales pertinentes. El peligro puede ser aún mayor en un futuro debido a que el proyecto de ley orgánica de derechos y libertades de los extranjeros de 1980 considera motivo de expulsión el encontrarse ilegalmente en España [art. 23, d)].

⁷⁶ Si bien con las precisiones que se hicieron en su momento respecto de los artículos 15 y 16 de la Ley española.

⁷⁷ Orden ya citada que regula provisionalmente el reconocimiento de la condición de refugiados, disponiendo en su artículo 7.^o que: «la concesión de las autorizaciones de residencia a personas que hayan obtenido el reconocimiento de la condición de refugiado en España se llevará a cabo a través de los trámites regulados en el Decreto 522/1974, de 14 de febrero». El artículo 8.^o hace referencia a la solicitud conjunta de la autorización de residencia y trabajo, regulada hoy por el Real Decreto 1031/1980, de 3 de mayo.

⁷⁸ Según el artículo 32 del Convenio la decisión de la Autoridad administrativa habrá de hacerse conforme a los procedimientos legales vigentes, y según el artículo 13 de la Orden de 16 de mayo de 1979, los recursos se interpondrán de acuerdo con la Ley de Procedimiento Administrativo. Asimismo, la decisión habrá de comunicarse a la Oficina Delegada del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, y deberá concedérsele al expulsado un plazo razonable para su admisión legal en otro país que, según la Orden de 1979, no excederá de un mes.

Por último, y ya de manera afirmativa, se reconoce en el artículo 32, 1, del Tratado de 1951, como causa de expulsión un auténtico cajón de sastre: razones de orden público o seguridad nacional que, incluso aunque se incluyeran dentro de lo que la doctrina llama «conceptos jurídicos indeterminados»⁷⁹, no por ello dejarían de ser ambiguas.

En cuanto al goce de derechos por parte de los refugiados, nada aporta la Ley en relación al Convenio a pesar de que éste contiene *minimos standard*, con la expresa invitación a los Estados Partes de que procedan a su mejora. De este modo, a lo más que se obliga al Estado español es a concederles los mismos derechos y libertades que al resto de los extranjeros, sin permitir una posición de privilegio que en muchos casos sería necesaria. Ni siquiera se ha arbitrado el mecanismo que permita obtener una naturalización privilegiada, supuesto recogido en el artículo 34 del Convenio⁸⁰, aunque se tuvo la oportunidad en la reforma de la normativa de nacionalidad llevada a cabo por Ley de 13 de julio de 1982. E incluso podría temerse la imposición de limitaciones a la libertad de circulación desde el momento en que tal derecho sólo se reconoce para los españoles en el artículo 19 de nuestra Constitución.

2. *Incertidumbres procedimentales y garantías jurisdiccionales*

Ni el Convenio de Ginebra de 1951 ni el Protocolo de 1967 establecen el procedimiento a seguir para determinar la condición de refugiado, si bien de su articulado puede deducirse que la competencia pertenece por completo a los Estados⁸¹. Esta libertad conlleva a que se haya originado una fuerte divergencia en la materia por cuanto unos han establecido procedimientos de elegibilidad y otros no⁸², y, entre los primeros únicamente en veintiocho existen procedimientos en los que el estatuto de refugiado es objeto de una determinación específica, mientras que en los demás o se lleva al régimen general de extranjería o se concede sólo para fines concretos⁸³. La ausencia de un procedimiento de determinación puede significar, en la práctica, como afirma Pérez Bevia: «negar al refugiado los beneficios que le conceden estos

⁷⁹ Sobre la técnica del concepto jurídico indeterminado, GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; GARCÍA FERNÁNDEZ, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, 1977, p. 271.

⁸⁰ Dice el artículo 34: «Los Estados contratantes facilitarán en todo lo posible la asimilación y la naturalización de los refugiados. Se esforzarán, en especial, por acelerar los trámites de naturalización y por reducir en todo lo posible los derechos y gastos de tales trámites.

⁸¹ El artículo 9.º referente a las medidas provisionales establece que un Estado Parte puede adoptar tales medidas hasta tanto llegue a determinar que una persona es realmente refugiado; en cuanto a las restricciones a la libertad de circulación del artículo 32, 2: «...hasta tanto haya regularizado su situación...»; el artículo 35 que configura la cooperación de las autoridades nacionales con el ACNUR.

⁸² Véase Doc. A/AC. 96/INF 152/Rev. 1, que contiene una nota del Comité Ejecutivo del Programa del ACNUR. Res. del Comité Ejecutivo del Programa del ACNUR de 12 de octubre de 1977 sobre armonización de procedimientos para la determinación del estatuto de refugiado. También recomendación núm. R (81) 16 del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 5 de noviembre de 1981 sobre la misma materia, en ILM, 1982, pp. 889-890.

⁸³ Sobre los procedimientos adoptados por 11 Estados europeos, en PALUDAN, A. (ed.): *Asylum in Europe*, A Handbook for Agencies Assisting Refugees, Ginebra 1979.

instrumentos internacionales, puesto que, frecuentemente, los solicitantes no saben con claridad qué condiciones deben cumplir y cuáles son los trámites y garantías de que disponen»⁸⁴.

Las características esenciales de todo procedimiento de elegibilidad son la autoridad competente para conceder el estatuto de refugiado y los recursos de que el mismo dispone en caso de denegación. Ambas aparecen reguladas en el título II de la Ley española en los artículos 22 y 23, respectivamente. Pero en seguida llama la atención la ausencia de una normativa desarrollada sobre el procedimiento. Se deja un vacío legal a la espera de su regulación por el Gobierno (disp. final 2.^a), cuando la Orden de 16 de mayo de 1979 había sido tan duramente criticada⁸⁵ y ahora se tenía la oportunidad de subsanar sus insuficiencias y fallos. Pero es que además dicha Orden surgió con carácter transitorio hasta la entrada en vigor de la Ley y ésta no crea las normas sobre procedimiento, con lo cual, o sigue rigiendo aquélla o han de esperar las solicitudes presentadas, lo que plantearía a la persona que se encuentra en nuestro territorio una situación muy difícil.

La tramitación de la concesión o denegación, en su caso, del reconocimiento de la condición de refugiado ha de comenzar con la presentación de la solicitud ante la autoridad competente. Autoridad que en el ordenamiento jurídico español está centrada en el Ministerio del Interior, si bien oída la Comisión Interministerial del artículo 6.º, de la Ley, y con la necesaria convocatoria de un representante del ACNUR. De este modo, la concesión se deja en manos de la autoridad gubernativa, ya que la Comisión sólo «informará» y el representante del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados únicamente será «convocado».

Es verdad que en la mayoría de los órdenes jurídicos internos la competencia viene dada a órganos de la Administración Pública del Estado, pero también lo es que no se ha elegido entre los sistemas más protectores existentes en el Derecho comparado⁸⁶. Ni siquiera se ha tenido en cuenta el Proyecto socialista de 28 de abril de 1980 en el que se preveía la creación de un organismo autónomo, el «Servicio para la Protección de los Asilados» (SEPPRA), cuyo consejo rector estaba destinado a ejercer funciones estatales sobre reconocimiento de la condición de refugiado. Y ello a pesar de que muchas de las enmiendas presentadas al Proyecto de Ley de 7 de junio de 1983 se situaban en esta línea.

⁸⁴ PÉREZ BEVIA, J. A.: *La determinación...*, cit., p. 196.

⁸⁵ Al respecto, Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR). Jornadas sobre los derechos humanos del refugiado (Madrid 16 y 17 de enero de 1981). Documento final, p. 11. Conclusiones sobre la normativa jurídica del refugiado, p. 16.

⁸⁶ En Bélgica, en virtud del Decreto de 22 de febrero de 1954 (M. B. de 18 de abril de 1954), el Ministerio de Asuntos Extranjeros delegó la competencia para decidir la cualidad de refugiado al delegado del ACNUR, en Bélgica, con lo cual la autoridad competente es un funcionario internacional que actuará de una manera despólitizada.

LA LEY REGULADORA DE ASILO Y CONDICIÓN DEL REFUGIADO

Ciertamente, la solución adoptada en Derecho español debe estimarse deficitaria porque, en definitiva, se pone en manos del ministro del Interior el control de la decisión. Es por eso por lo que ha de dudarse de que la concesión del estatuto de refugiado se vaya a realizar simplemente declarando que una persona se encuentra en una de las situaciones que define el Convenio. La indeterminación de los términos utilizados en el mismo puede llevar a una interpretación que desencadene la negación del reconocimiento con la gravedad que ello implica, máxime cuando ACNUR no está facultado para poder recurrir ante nuestros órganos jurisdiccionales.

No obstante, parece existir por parte de los tribunales españoles una interpretación de los textos internacionales que podría calificarse de progresiva. En este sentido, antes de la entrada en vigor de la Ley, se había fallado en contra de las decisiones denegatorias de la Administración acerca del reconocimiento de la condición de refugiado en dos sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, asuntos *De Livano contra el Ministerio del Interior*⁸⁷ y *Anelo Palarea contra el Ministerio del Interior*⁸⁸. En ambas se entiende que el concepto de refugiado ha de interpretarse de acuerdo con la normativa sobre derechos humanos y apreciar las circunstancias que lo determinen con un criterio no restrictivo,

«... bastando alcanzar una convicción racional de su realidad para acordar la declaración pretendida...»⁸⁹.

La segunda característica del procedimiento de elegibilidad que ha de considerarse esencial hace referencia al tema de si el ordenamiento jurídico interno prevé o no recursos contra las decisiones que denieguen el estatuto de refugiado. En este punto el Derecho español ha dado un paso hacia adelante desde el momento en que la Ley permite el recurso ante órganos judiciales, en concreto ante la jurisdicción contencioso-administrativa. El procedimiento será el previsto en la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales (art. 24).

Es importante este precepto de la normativa actual sobre asilo y condición del refugiado porque, en función de la Orden de 1979 se permitía acudir a un contencioso-administrativo ordinario como última garantía del refugiado. Así lo refleja la sentencia del Tribunal Supremo (Sala Cuarta) de 15 de abril de 1982⁹⁰. En uno de sus considerandos afirma:

⁸⁷ Sentencia de 7 de mayo de 1981. Un comentario de la misma en, MARIÑO MENÉNDEZ, F.: *Algunas observaciones...* cit., p. 961.

⁸⁸ Sentencia de 9 de mayo de 1983 (sin publicar), recogida de PÉREZ BEVIA, J. A.: *La determinación...* op. cit., página 203.

⁸⁹ Sentencia Anelo Palarea.

⁹⁰ *Aranz. jurisp.* 1982, núm. 2.412. El Tribunal Supremo confirma la sentencia de 7 de mayo de 1981 en el asunto De Livano.

«Que esta Sala viene manteniendo (auto de 30 de abril de 1981) que las posibles violaciones del asilo a los extranjeros no se encuentran en el ámbito de la Ley 62/1978, de 28 de diciembre, por no ser de aquellos derechos de la persona especialmente acotados en su artículo 1.º, ni entre los incorporados por el Real Decreto 342/1979, de 20 de febrero, ni entre los señalados por el artículo 53, 2, de la Constitución, según la remisión expresa de la disposición transitoria 2.ª, 2, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional...»,

si bien el Tribunal entra a conocer del fondo del asunto por razones de economía procesal.

Por el contrario, el texto legal español sobre condición de refugiado acepta de una manera *expresa* la regulación por el procedimiento previsto en la Ley 62/1978, de 28 de diciembre. Ello supone que el reconocimiento de tal condición *ya*, si está incluido en el marco de aplicación de la misma y, en última instancia, sería posible interponer recurso de amparo para la protección de aquel derecho. Sin embargo, el amparo no está recogido para estos supuestos de manera directa en la Ley desde el momento en que su disposición transitoria 2.ª sólo se refiere al artículo 21. Pero, incluso, aunque se estimara que esta omisión se debe más a que la elaboración del título II se hizo en un momento tardío que a una concreta intencionalidad del legislador, de nuevo habría que preguntarse, como hizo la Ponencia:

«... si el procedimiento contencioso-administrativo especial sobre protección jurisdiccional de derechos fundamentales y libertades públicas abre, automáticamente, la ulterior vía de amparo ante el Tribunal Constitucional»⁹¹.

VALORACIÓN

En un Estado de Derecho el reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales del individuo es la primera exigencia de la legalidad. No obstante, en el desarrollo legislativo de las disposiciones constitucionales puede y debe estar la garantía y el goce real de tales derechos.

El asilo emana, en nuestro caso, de la Constitución y no del Derecho de gentes, y, por tanto, la Ley de Asilo de 1984 regula más un derecho del Estado que un derecho del individuo. Pese a ello hay que resaltar el valor positivo que en sí misma representa. Aborda una materia nueva en nuestro ordenamiento jurídico en un momento en que nuestras vivencias están azotadas por el terrorismo y la acogida constante de refugiados en otros países, pese a darse en España las condiciones democráticas. Todo ello puede llevar a actitudes de desconcierto y perplejidad.

⁹¹ Véanse notas 62 y 63 de este mismo estudio.

LA LEY REGULADORA DE ASILO Y CONDICIÓN DEL REFUGIADO

La Ley de Asilo y condición del refugiado constituye un desarrollo bastante completo del mandato constitucional del artículo 13, 4. Hay en ella una generosa acogida de «personas» en distintas situaciones jurídicas, con una evidente intencionalidad humanitaria. Asimismo se parte de un concepto amplio de persecución y de las causas que justifican el asilo. Todo lo cual permite afirmar que se da en ella una búsqueda de concordancia con el ordenamiento internacional y una actitud de respeto hacia los principios contenidos en la Carta de Naciones Unidas y otros instrumentos internacionales. Disposición que se manifiesta de forma expresa en las referencias de su articulado.

No obstante, hay que poner de relieve la principal de las contradicciones que en la ley aflora y que emana de una concepción del asilo excesivamente tradicional que no ha sido posible superar ni por generosidad, ni por espíritu internacionalista. La contradicción arranca de la propia Constitución española en la que el asilo está regulado en el título primero, «de los derecho y deberes fundamentales», sucesivo al importantísimo artículo 10 y sin embargo ubicado en la disposición relativa a las situaciones de extranjería, en las cuales el Estado se reserva un amplio margen de discrecionalidad en el ejercicio de competencias soberanas. De ahí la criticable imposibilidad de ejercitar el recurso de amparo ante la denegación del asilo, que sería la lógica garantía de la vida y libertad de la persona afectada por la persecución política.

Es necesario también advertir sobre el riesgo de vaciar de contenido el asilo y la condición de refugiado dadas las excesivas y reiteradas limitaciones y restricciones que se prevén para garantizar la seguridad nacional y los intereses prioritarios del Estado. Asimismo, las especiales condiciones sobre residencia y trabajo debilitan la inserción efectiva y humana en la comunidad nacional.

Estos factores ilustran otra cuestión que es preciso no silenciar, como es la de la excesiva competencia del poder ejecutivo a través del Ministerio del Interior y el consiguiente desplazamiento del Ministerio de Justicia en un ámbito en que la mejor garantía de los derechos subjetivos, incluso frente a la Administración, sería la mediatización jurisdiccional, en cuanto poder independiente dentro de todo Estado democrático de Derecho.

Las apreciaciones negativas quedan un tanto atenuadas por la continua referencia que hace la Ley de Asilo y condición del refugiado a los convenios suscritos por España en materia de refugio y afines, que van a introducir exigencias absolutamente internacionales. Y es también positivo que se prevea una posible ampliación automática de esta normativa en concordancia con las obligaciones internacionales que en un futuro asumiera España sobre asilo y refugio.

M. L. ESPADA RAMOS Y M. MOYA ESCUDERO

Resumiendo, se podría decir que no es la mejor de las leyes, pero sí es una Ley válida en su contenido, suficiente en su tratamiento y en línea con las preocupaciones europeas. Ha sido una Ley nueva que abre caminos de esperanza a situaciones inhumanas y que perfecciona nuestro sistema legal, porque como diría Bloom-Cooper, «*le traitement qu'un pays réserve à un étranger vivant sur son sol est l'un des moyens les plus sûrs d'apprécier son degré de civilisation*»⁹².

Granada, julio de 1984

⁹² BLOOM-COOPER, L. J.: «Le droit d'asile». *Rev. de la Comm. Int. de juristes*, vol. IV, 1964, núm. 1, p. 144.