

El examen de las demandas de asilo en el contexto europeo: los Convenios de Dublín y Schengen de 1990.

Juan Francisco Escudero Espinosa
 Profesor de Derecho Internacional Público
 Universidad de León

INTRODUCCIÓN

Como consecuencia de los múltiples cambios y conflictos internos en el orden internacional, asistimos en la actualidad, y en especial en esta década, a una creciente demanda de asilo. Numerosos conflictos étnicos, religiosos, cambios de regímenes, como los operados en los países del Este tras la caída del comunismo, pugnas fronterizas, surgimiento de nuevos Estados..., han ocasionado el desplazamiento o, mejor, la huída de sus hogares de cientos de miles de personas. Baste recordar ejemplos como los que se produjeron en Irak con los kurdos y chiitas, en la ex-Yugoslavia con los croatas y bosnios, Laos o Vietnam, sin olvidar el continente africano en el que esto es moneda frecuente¹.

Para muchos de ellos Europa constituye el lugar de destino en su búsqueda de las libertades fundamentales². Este creciente protagonismo de la Europa occidental se fundamenta en la defensa de las libertades y en el respeto de los derechos humanos, que sustentan la civilización europea. Para algunos autores se podría expresar en los siguientes términos:

After the collapse of Marxism, including its African and Asian varieties, nothing, with the possible exception of Islam, seems to be able to staunch the advance of Western European ideas about democracy, human rights, and personal as well as economical development. It is disquieting that the cultural Europeaniza-

tion of the world progresses much faster than the dismantling of structural differences between the developed world, where today 1.2 billion people are living, and the underdeveloped world with currently 4.2 billion people³.

La situación para Europa es compleja y son varias las manifestaciones que en el seno de las Comunidades Europeas han tratado de afrontar la cuestión siempre con el objetivo de la total integración política y social perseguida por los Estados miembros, de tal forma que, en un primer momento y en el ámbito de la libre circulación de personas, fueron apareciendo algunas Declaraciones que trataban de asimilar los refugiados con los propios nacionales. Este es el sentido en el que se orienta la **Declaración de los representantes de los gobiernos de los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea**, reunidos en el seno del Consejo, con respecto a los refugiados, de 25 de marzo de 1964, en la que se comprometen a que la entrada en su territorio de los refugiados reconocidos como tales por el Convenio de 1951 y establecidos en el territorio de otro Estado miembro de la Comunidad, para ejercer allí una actividad asalariada, deberá ser examinada con un interés particular, principalmente para otorgar a estos refugiados en sus territorios un trato tan favorable como sea posible⁴.

En los momentos actuales, el problema viene a acrecentarse por la necesidad de armonizar las legislaciones en esta materia ante el reto

del establecimiento del mercado único interior, mercado que debió configurarse con anterioridad al 31 de diciembre de 1992, según establecía el artículo 8 A del Acta Única Europea. Dicho mercado implica la supresión de las fronteras interiores y en el que la libre circulación de personas esté garantizada. Este es uno de los objetivos que las Partes han de conseguir, según establece el Tratado de la Unión Europea:

...para la realización de los fines de la Unión, en particular la libre circulación de personas, y sin perjuicio de las competencias de la Comunidad Europea, los Estados miembros consideran de interés común los ámbitos siguientes: 1) La política de asilo, 2) Las normas por las que se rigen el cruce de personas por las fronteras exteriores de los Estados miembros y la práctica de controles sobre esas personas⁵.

La adopción de las decisiones necesarias para la supresión de las fronteras interiores han de prever las medidas necesarias encaminadas a compensar los flujos de inmigración provenientes de terceros países, especialmente respecto a los demandantes de asilo.

El objeto del presente estudio tiene, pues, como meta constatar la armonización que se ha pretendido realizar entre las diversas iniciativas intergubernamentales que han ido surgiendo acerca del examen de las demandas y el otorgamiento del asilo. Hay que tener en cuenta que en el seno de las Comunidades Europeas no hay una normativa específica, sino únicamente Declaraciones y Resoluciones del Parlamento Europeo en las que se sientan los principios fundamentales en esta materia⁶.

También en el seno del Consejo de Europa⁷, la Asamblea Parlamentaria y el Comité de Ministros se han ocupado de esta cuestión pronunciándose en diversas resoluciones.

Entre algunas de estas resoluciones, tanto del Consejo de Ministros como de la Asamblea Parlamentaria, hemos de mencionar la Resolución (67) 14 sobre el asilo de personas en peligro de persecución, del Comité de Ministros en la que, fundamentándose en las Recomendaciones de la Asamblea Parlamentaria 293 (1961) sobre el derecho de asilo y en la 434 (1965) relativa a la aplicación del derecho de asilo a los refugiados europeos, y siempre bajo un espíritu liberal y humanitario, establece los principios

básicos en el ámbito del derecho de asilo. Tales principios tratan de asegurar un trato humanitario que se plasme en garantizar el que ninguna persona sea rechazada en la frontera, sea devuelta o expulsada, o cualquier otra medida que tenga por efecto obligar a esa persona a volver a un territorio donde será amenazada con persecuciones por motivo de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social o por sus opiniones políticas. Más interesante es el contenido del párrafo cuarto, en el que se declara:

4. Where difficulties arise for a member State in consequence of its action in accordance with the above recommendations, Governments of other member States should in a spirit of European solidarity and of common responsibility in this field, consider individually, or in co-operation particularly in the framework of the Council of Europe, appropriate measures in order to overcome such difficulties⁸.

Aunque la Convención Europea de Derechos Humanos no reconoce expresamente el derecho de asilo, la Asamblea Parlamentaria, movida por sus principios liberales y humanitarios, ha reconocido en la Resolución 817 (1977), relativa a ciertos aspectos del derecho de asilo⁹, la posibilidad del derecho de recurso individual previsto en el artículo 25 de la Convención Europea y, en el caso de que sea reconocido este derecho, no proceder a la extradición o expulsión a un tercer Estado si así se ha pronunciado la Comisión o el Tribunal Europeo sobre la existencia de riesgos serios de un trato no conforme con las exigencias de la Convención.

En el año 1981 el Comité de Ministros adoptó la Recomendación R(81) 16 sobre la armonización de los procedimientos nacionales en materia de asilo. Desde entonces, han sido promulgadas otras resoluciones, en las que se ha dado prioridad a la preocupación inicial de aproximar las regulaciones nacionales para conseguir una mejor protección de las personas demandantes de asilo, y siempre bajo el aliento de la Asamblea Parlamentaria que en numerosos textos, como se pone de manifiesto en la Recomendación 1016 (1985) o en los siguientes párrafos de la 1088 (1988) sobre el derecho de asilo territorial:

Desiderous to preserve fully the right to territorial asylum as one of the generous liberal traditions of democracy (...).

*Recomenends that the Committe of Ministers: i) adopt a coherent asylun policy; ii) set up a system of permanent consultation among European States*¹⁰.

I ANTECEDENTES DEL ACUERDO DE SCHENGEN DE 1985

Esta preocupación por conseguir la armonización en materia del derecho de asilo cristalizó en múltiples acuerdos promovidos por diversas instituciones europeas acerca de la determinación de la responsabilidad en el examen de las demandas de asilo. El más pionero de todos es el Acuerdo europeo relativo a la transferencia de responsabilidad con respecto a los refugiados, hecho en Estrasburgo el 16 de diciembre de 1980 entre todos los Estados miembros del Consejo de Europa¹¹.

Con posterioridad, y a iniciativa de los gobiernos de los Estados del Benelux, de Alemania y de Francia, se firmó un Acuerdo relativo a la supresión gradual de los controles de las fronteras comunes en Schengen, el 14 de junio de 1985¹². Basándose en dicho Acuerdo se llegó a la firma del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, que se realizó el 19 de junio de 1990 en esta misma ciudad¹³.

Este Convenio aporta sobre el derecho de asilo, en opinión vertida por el Ministro delegado del Ministro de Asuntos Exteriores de Francia en los debates ante la Asamblea Nacional:

...une garantie nouvelle: celle que toute demande d'asile présentée devant un ou plusieurs Etats membres sera étudiée par au moins un de ces Etats, qui prendra en charge le demandeur. C'est ainsi que nous éviterons ce que l'on voit souvent aujourd'hui, c'est-à-dire la mise sur orbite des demandeurs d'asile ou de candidats réfugiés qui ne trouvent dans aucun pays réponse à leur demande, les uns et les autres se renvoyant mutuellement ces personnes qui sont ainsi ballottées d'un pays à l'autre.

*Mais, en désignant un Etat responsable, nous éviterons également les demandes d'asile multiples, et par conséquent les demandes abusives*¹⁴.

Hay que resaltar que con anterioridad, el 13 de julio de 1984, los Gobiernos de Francia y

Alemania¹⁵ ya habían firmado un Acuerdo, en Sarrebrück, relativo a la supresión gradual de controles en la frontera franco-alemana¹⁶. Este acuerdo suponía la adopción de medidas para la supresión de controles, por una parte, y de otra, una negociación con el fin de encontrar, según establece el mismo Acuerdo en su articulado: los medios de transferir a las fronteras externas de los dos Estados los controles efectuados en la frontera franco-alemana¹⁷, así como proceder a la armonización de las legislaciones y de las reglamentaciones necesarias¹⁸.

Pronto los gobiernos de los tres Estados del Benelux, que desde 1960 decidieron abolir el control de las personas en sus fronteras comunes y transferirlo a las fronteras externas, pidieron sumarse al acuerdo que culminó con la firma en Schengen el 14 de junio de 1985.

Las negociaciones antes de la firma del Convenio de aplicación se llevaron a cabo, durante cinco años, en cuatro grupos de trabajo, integrados por expertos gubernamentales, y estos bajo la autoridad de un grupo central de negociación. Las materias tratadas en cada grupo fueron las siguientes: policía y seguridad, movimiento de personas, transportes y control de bienes. Dentro del grupo de movimiento de personas surgieron dos subgrupos: materia de visados y asilo¹⁹. Después de algún tiempo, un representante de la Comisión de las Comunidades Europeas fue invitado a participar como observador en las discusiones llevadas a cabo en el marco del Grupo Central de Negociación y en las reuniones de los Subsecretarios de Estado²⁰.

Todas las decisiones sobre el tratamiento de las demandas de asilo, así como las cuestiones referentes a la política de visados, introducidos por el Acuerdo Schengen, pronto se trataron de extender a los Doce, de forma que, el 15 de junio de 1990, fue firmado un Acuerdo en Dublín para la determinación del Estado responsable de examinar las demandas de asilo presentadas en uno de los Estados miembros de la Comunidad Europea²¹.

En una primera aproximación, no cabe duda de que la determinación del Estado responsable del examen de las demandas de asilo a la luz de ambos acuerdos, en los que España es parte, puede resultar complejo, porque no resultan del todo coincidentes, como ha dicho algún autor:

Le contenu de l'accord marque le souci de conserver un équilibre entre les préoccupations opposées de la libre circulation des personnes, de la protection de l'ordre public et de la sauvegarde des libertés. Le résultat atteint est plutôt convaincant. Surtout l'acquis fondamental de la Convention de Schengen réside sans la remise en cause de deux conditions bien ancrées.

La première est que le droit d'asile, spécifiquement national, ne saurait bénéficier d'une reconnaissance en droit international où il se heurterait au pouvoir d'asile des Etats. Or la Convention de Schengen confère au demandeur d'asile un droit subjectif à l'examen de l'éligibilité au statut de réfugié. A vrai dire, le mérite n'en revient pas seulement à cet accord, puisqu'une convention au contenu presque identique a été signée simultanément à Dublin²².

El presente trabajo va a afrontar, pues, el análisis de la manera en que son afectados los derechos internos como consecuencia de la firma de estos Acuerdos, cuestión que ya ha sido debatida en Francia y que dió lugar a la Decisión nº91-294 DC del Consejo constitucional de 25 de julio de 1991²³.

II EL DERECHO DE ASILO EN LA PERSPECTIVA COMUNITARIA

A. *Las Resoluciones del Parlamento Europeo*

Con la perspectiva que ofrecía la firma del Acta Única Europea en la que se consagraba un mercado interior y se suprimían las fronteras internas, los diversos Estados miembros han tratado de armonizar sus legislaciones antes de la fecha prevista del 1 de enero de 1993, en parte alentados por las Instituciones comunitarias.

Son varias las Resoluciones del Parlamento europeo que abordan esta cuestión, como la Resolución para entablar conversaciones en el ámbito comunitario, bajo los auspicios del Consejo para la configuración de una política europea común en materia de refugiados, en la que se manifiesta:

F. Teniendo que reconocer, sin embargo, que la situación actual en torno al derecho de asilo y de los problemas de los refugiados exige iniciativas inmediatas por parte de todos los Estados miembros de la Comunidad,

1. Insta al Consejo para que entre en negociaciones con los Estados miembros lo más pronto posible, con el fin de llegar a acuerdos y normas comunes para establecer una política europea en materia de refugiados²⁴.

y en la que se remarca especialmente el interés de solucionar los problemas planteados a los diversos Estados miembros tratando de evitar la exportación de problemas de un Estado a otro. Se pretende, en este sentido, la uniformidad de criterios relativos a la apreciación de los que han de ser considerados como refugiados políticos, así como una uniformidad en las normas reguladoras.

Con posterioridad, el Parlamento Europeo, en su Resolución sobre los problemas de asilo de 12 de marzo de 1987, pide a los Estados que adopten una postura más generosa y que observen, entre otros, los siguientes principios: sometimiento al principio de no expulsión ni devolución; que la adopción de las decisiones corresponda a una autoridad central; separación entre la función administrativa y la función ejecutiva de control; distinción entre el país de entrada y el país otorgante de asilo que permita al solicitante de asilo elegir libremente el país que haya de darle acogida dentro de la Comunidad europea; armonización de los procedimientos nacionales en materia de asilo; exposición de motivos suficiente en la resolución adoptada; notificación por escrito en los supuestos de denegación del asilo y que el texto haya sido redactado en la lengua que conozca el solicitante, con mención de los recursos que proceden ante dicha resolución en el ámbito interno; no expulsión del solicitante durante el tiempo del procedimiento e igualdad entre el refugiado de hecho y el refugiado reconocido²⁵.

B. *Anteproyecto de Directiva de la Comisión referente a la aproximación de Reglas relativas al Derecho de Asilo y al Estatuto de Refugiad*

No hemos de perder de vista que la Comisión participa como observador en los grupos de trabajo de negociación en el marco del Acuerdo Schengen y, dentro de la preocupación existente en esta materia, elabora y posteriormente somete a un grupo de expertos de cada uno de los Estados miembros, en abril de 1988, un Anteproyecto de proposición de directiva del Consejo relativa a la aproximación de las reglas sobre el derecho de asilo y el estatuto de refugiado.

Con el fin de pretender evitar la exportación de problemas de un Estado a otro, este Anteproyecto propone que sean adoptados criterios comunes con la intención de determinar el país responsable del examen de una demanda de asilo.

Los criterios enunciados son los siguientes: Será responsable el Estado,

1º que haya expedido un permiso de residencia o documento que permita la entrada en la Comunidad (visado de estancia o de turismo),

2º que sin exigir visado haya dejado entrar al demandante a su territorio, ya que la ausencia de exigencia de visado juega aquí como una forma implícita de autorización de entrada,

3º que haya expedido un visado de tránsito, salvo si éste ha sido expedido a la vista de una autorización para entrar en otro país de la Comunidad en cuyo caso será éste el responsable,

4º en cuyas fronteras se presente el demandante de asilo sin ninguna autorización, o que le haya dejado entrar sin autorización²⁶.

C *Los criterios del Grupo AD HOC de Inmigración*

En el seno del Grupo ad hoc de Inmigración fue creado por los Doce, como resultado del encuentro que tuvo lugar en Londres en el año 1986, un subgrupo encargado de adoptar las medidas para alcanzar una política común en materia de derecho de asilo y eliminar los posibles abusos que se estaban produciendo. Pareció oportuno establecer, como punto de partida para el establecimiento de una política común en esta materia, tres criterios que permitiesen designar el Estado responsable del examen de una demanda de asilo. Tales criterios son los siguientes:

1º el que haya expedido un permiso de residencia o de viaje que permita al demandante entrar en la Comunidad,

2º el que haya dejado entrar voluntaria o involuntariamente al demandante por sus fronteras exteriores,

3º el Estado donde se haya interpuesto la demanda de asilo.

Sin entrar en un análisis pormenorizado de los principios que propugnan estos documentos, los trabajos del Grupo hicieron surgir algunos

recelos en el Parlamento Europeo con anterioridad a la firma del Convenio de aplicación de Schengen y que ponen de manifiesto el contenido tan controvertido de los textos y la complejidad de la materia.

Esta preocupación del Parlamento es puesta de especial relieve en resoluciones como la de 23 de noviembre de 1989 sobre la firma del Acuerdo adicional de Schengen. Dicha Resolución denuncia la precipitación con que se ha pretendido llevar a cabo la firma del Acuerdo adicional, lo que pone de manifiesto la pretensión de soslayar el debate público de las negociaciones. En opinión del Parlamento, dicho Acuerdo supone una fuerte restricción al ingreso de refugiados y trabajadores migrantes en los cinco Estados interesados, un llamativo establecimiento de visados para 98 países, un desmesurado otorgamiento de competencias policiales no sometidas a control y una recogida de información y de acción policial arbitrarias. Asimismo, resalta que se ha tratado de unas negociaciones llevadas a cabo secretamente, en términos del texto, y sin control democrático, constituyendo un intento de evitar el debate público y parlamentario sobre una cuestión de vital importancia para la Europa en proyecto²⁷.

El ámbito en que se realiza la firma del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985, como pone de relieve el Parlamento Europeo, queda fuera del marco jurídico comunitario y sometido exclusivamente al Derecho Internacional, si bien paradójicamente, en el Grupo ad hoc aparece integrada la Comisión de las Comunidades como miembro y la Secretaría del Grupo está encomendada a la Secretaría General del Consejo, cuyos gastos corren a cargo del presupuesto del Consejo²⁸.

Todo parece indicar que la intención de los países promotores fue la de dar un alcance al Convenio coincidente con el ámbito territorial de los miembros comunitarios, pero sustrayéndolo al Derecho comunitario, de tal forma que el *Shengenland*²⁹ viniese a coincidir con las fronteras exteriores de la Comunidad³⁰. Desde la posición del Parlamento, manifestada en las Resoluciones citadas, en vano se pide al Consejo que ponga fin a su condición de miembro y que participe, en tanto que Institución comunitaria, con las competencias otorgadas por el artículo 169 del Tratado de Roma³¹.

III LOS CONVENIOS DE DUBLÍN Y SCHENGEN Y LOS DERECHOS NACIONALES

Una de las preocupaciones que se manifiesta como una constante a lo largo de la evolución de las negociaciones, ha sido la de salvaguardar los criterios propios del derecho nacional de cada una de las Partes. Por ello podemos asegurar que se trata más bien, en cuanto al problema de asilo se refiere, de dar una solución a las situaciones de exportación de problemas de un Estado a otro³² a la vez que se adopta el compromiso de examinar las demandas de asilo presentadas, estableciendo los criterios necesarios para evitar conflictos negativos. Conflictos, cuyos efectos más perniciosos se manifiestan en situaciones como la de los llamados refugiados en órbita³³, y cuya solución estaría en la línea de llevar a cabo una auténtica armonización comunitaria sobre los procedimientos nacionales³⁴.

Sin embargo, se han alzado algunas voces que han pretendido, por encima de todo, oponerse a cualquier avance que suponga armonización de legislaciones en estas materias, por cuanto que entienden supone la pérdida de soberanía nacional, puesta especialmente en entredicho en los acuerdos de Schengen. Esta objeción fue esgrimida de forma explícita en la demanda presentada ante el Consejo constitucional de Francia en relación con los artículos 2 y 20.2 de la Convención que permiten circular libremente por los territorios de las Partes a los extranjeros no sujetos a la obligación de visado y con la posibilidad de reservarse cada Parte contratante el derecho a prolongar la estancia más allá de tres meses. Lo mismo se argumentó respecto de los artículos 40 y 41, referentes a las persecuciones transfronterizas. Frente a estas denuncias el Consejo constitucional argumentó que la soberanía nacional quedaba preservada por los siguientes motivos:

...il prévoit des possibilités de dérogation pour des motifs d'ordre public ou de sécurité nationale et réserve expressément les compétences de police de chaque partie contractante sur son territoire, (...) que la prolongation de la durée du séjour qu'il autorise ne s'applique qu'au territoire de l'Etat qui est partie à un accord bilatéral antérieur ou que estime être en présence de circonstances exceptionnelles; qu'ainsi, l'argumentation invoquée est dénuée

de pertinence, (...) que cette procédure n'est applicable qu'à des hypothèses où il y a soit des infractions flagrantes d'une particulière gravité (...) que les agents poursuivants ne disposent en aucun cas du droit d'interpellation; que l'entrée dans les domiciles et les lieux non accessibles au public leur est interdite³⁵.

Esta aparente pérdida de la soberanía nacional, que tiene sus múltiples manifestaciones en la obligación de tener que admitir determinadas limitaciones a la posibilidad de poder impedir en frontera el acceso al propio territorio nacional a ciertas personas, ha quedado salvado, en lo que a las cuestiones de asilo se refiere, por el compromiso manifestado en el artículo 32 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, en el que se asegura a cada Parte contratante responsable del examen de la solicitud de asilo la posibilidad de llevarlo a cabo con arreglo a su propio Derecho nacional³⁶.

A El compromiso de examinar las demandas

Entre las obligaciones que las Partes asumen expresamente, tanto en el Convenio de Dublín como en el de Schengen, figura la de examinar toda solicitud de asilo. Los términos en que aparece este compromiso expresado difieren de un texto a otro. Por un lado en el Convenio de Dublín se dice que:

Los Estados miembros se obligan para que todo extranjero que presente en la frontera o en su territorio una demanda de asilo, uno de ellos examine su demanda³⁷.

Por otra parte, en el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen se establece que:

Las Partes contratantes se comprometen a que sea examinada toda solicitud de asilo presentada por un extranjero en el territorio de una de ellas³⁸.

Las diferencias se muestran especialmente diáfanos. En el Convenio de Schengen no se menciona la posibilidad de solicitar el asilo en la frontera, pudiendo las Partes impedir el acceso al territorio a todo demandante de asilo que en la frontera se encuentre en una situación irregular³⁹. Queda abierta, por tanto, la posibilidad de que las Partes contratantes determinen arbitrariamente el acceso al territorio y, en consecuencia, llegar a efectuar el examen o no de la demanda de asilo en la frontera, ateniéndose a Schengen⁴⁰, lo cual se opone a los principios de no expulsión

ni devolución expresamente reconocidos, incluso para los solicitantes de asilo espontáneos, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁴¹.

Es indudable que el compromiso alcanzado supondrá una reducción de la multiplicidad de las demandas de asilo presentadas por un mismo individuo en más de un Estado. En efecto, una presentación efectuada en varios de los Estados pactantes, bien sea simultánea o sucesivamente, resultará del todo inútil, no pudiendo realizarse más que un único examen según los criterios de la Convención respectiva.

La importancia de un resultado de este género reside esencialmente en la función de imposibilitar, en la medida de lo posible, el fenómeno del abuso del derecho de asilo, que se traduce en una instrumentalización del mismo con el fin de obtener, por encima de todo, un indebido derecho de residencia. Una normativa convencional que haga inútil la presentación en serie de las demandas contribuye, sin duda alguna, a la solución del problema.

El mecanismo relativo a la competencia previsto no se sustrae, por otra parte, a consideraciones de carácter crítico. Cuanto mayor es el número de los Estados en los cuales sea presentada la demanda, mayor es la posibilidad para un individuo de que le sea concedida la protección solicitada. No es de extrañar, por tanto, que se haya puesto de relieve por algunos autores el carácter restrictivo del derecho de toda persona a buscar y disfrutar asilo en otro país al de la persecución⁴².

B Determinación del Estado responsable del examen de la solicitud de asilo

Sin entrar en un minucioso examen de cada uno de los criterios establecidos por cada uno de los Convenios acerca de la determinación del Estado responsable del examen de las demandas de asilo, voy a referirme a las divergencias existentes entre los respectivos Convenios y que resultan más destacables.

Ambos textos coinciden en las definiciones establecidas en los artículos iniciales. De tal forma que por "solicitud de asilo" entiende el Convenio de Dublín:

...una solicitud mediante la cual un extranjero pide a un Estado miembro la protección de la Convención de Ginebra invocando la condición de refugiado con arreglo

*al artículo 1 de la Convención de Ginebra, modificada por el Protocolo de Nueva York*⁴³.

El Texto de Schengen precisa los términos en el sentido de que dicha solicitud puede ser realizada,

*...por escrito, oralmente o de cualquier otra forma por un extranjero en la frontera exterior o en el territorio de una Parte contratante y con el fin de obtener el derecho de residencia invocando tal condición...*⁴⁴

Sobre el concepto de "examen de la solicitud de asilo" se da una identidad de contenido en la definición recogida en ambos textos. Constituye el examen de la solicitud,

*...el conjunto de procedimientos de examen, de decisión y de medidas adoptadas en aplicación de decisiones definitivas relativas a una solicitud de asilo, con excepción de la determinación de la Parte contratante responsable del examen de la solicitud de asilo en virtud de las disposiciones del presente Convenio*⁴⁵.

Hay que tener presente que según el Convenio de Dublín:

*...la solicitud será examinada por un solo Estado miembro con arreglo a los criterios enunciados en el presente Convenio*⁴⁶.

si bien,

*...cada Estado miembro tendrá derecho a examinar una solicitud de asilo que le sea presentada por un extranjero, aún cuando dicho examen no le incumba en virtud de los criterios definidos por el presente Convenio, siempre que el solicitante de asilo dé su consentimiento para ello*⁴⁷.

Por su parte, el Convenio de aplicación de Schengen establece que:

*...una sola Parte contratante será responsable del examen de la solicitud*⁴⁸. Y por razones particulares relativas especialmente al Derecho nacional, toda Parte conservará el derecho de examinar una solicitud de asilo aunque la responsabilidad incumba a otra Parte contratante con arreglo al presente Convenio⁴⁹.

Estos últimos párrafos fueron motivo de impugnación ante el Consejo constitucional francés. Para los autores de la demanda estas disposiciones presentan riesgos en cuanto a la protección y salvaguarda del derecho de asilo. Entre los motivos alegados figuran los siguientes:

...d'une part, du fait de l'absence de garanties suffisantes s'agissant des critères de désignation de l'Etat responsable de l'examen d'une demande; (...). En ce qui concerne le respect du droit d'asile: (...), Considerant que la détermination de l'Etat responsable du traitement d'une demande d'asile résulte des règles objectives stipulées à l'article 30 de la Convention; qu'en vertu de l'article 32, la partie contractante responsable du traitement de la demande d'asile assure celui-ci conformément à son droit national; que, toutefois, le paragraphe 4 de l'article 29 réserve le droit de toute partie contractante "pour des raisons particulières tenant notamment au droit national" d'assurer le traitement d'une demande d'asile même si la responsabilité incombe à une autre partie; que ces dernières stipulations sont appelés à recevoir application au profit des personnes susceptibles de bénéficier du droit d'asile en vertu du quatrième alinéa du préambule de la Constitution de 1946⁵⁰.

Lo más llamativo se recoge en el artículo 29.2, párrafo segundo, del Convenio Schengen donde se establece la reserva de cada Parte contratante a conservar el derecho a devolver o expulsar a un solicitante de asilo a un tercer Estado, con arreglo a sus disposiciones nacionales y a sus obligaciones internacionales. El artículo 2.5 del Convenio de Dublín recoge la misma posibilidad haciendo mención al respeto a las disposiciones de la Convención de Ginebra⁵¹.

El Parlamento Europeo, en su día, pedía una posición más generosa atendiendo al principio de no expulsión ni devolución, que claramente aquí aparece vulnerado⁵².

Las reglas de determinación del Estado responsable contenidas en los artículos 5 a 8 del Convenio de Dublín recogen similarmente las contenidas en el artículo 30 del Convenio de Schengen. Únicamente se plantean problemas con la primera regla del artículo 4 del Convenio de Dublín referente al supuesto de la existencia de algún miembro de la familia del solicitante de asilo al cual se le hubiese reconocido la condición de refugiado en un Estado miembro según la Convención de Ginebra y el Protocolo de Nueva York, con la condición de que resida en él legalmente, atribuyendo a este Estado la responsabilidad del examen de la solicitud, siempre y

cuando los interesados consientan en ello. El miembro de la familia sólo podrá ser el cónyuge del solicitante de asilo, o su hijo o hija solteros menores de 18 años o si, el solicitante de asilo es soltero y menor de 18 años, su padre o madre. En estos casos, el Convenio de Schengen recoge en el artículo 35, una cláusula que, en cualquier supuesto, siempre que se den las circunstancias anteriormente mencionadas, obligará al Estado así determinado a asumir la responsabilidad. Con lo que hay que entender que dicha circunstancia es prioritaria a cualquier otra regla.

Es indudable que dicho artículo favorece el principio de la reagrupación familiar y que, además, en el ordenamiento español, en el caso de corresponder a España el examen de la demanda por este motivo, conllevaría el otorgamiento del asilo automáticamente, según lo establecido en el artículo 10.1, de la Ley 5/1984.

C El examen de la Solicitud de Asilo en la actual Regulación del Ordenamiento Español

En España, el derecho de asilo se encuentra expresamente reconocido en el artículo 13.4 de la Constitución. En ejecución de dicho precepto constitucional se promulgó la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y condición de refugiado⁵³. Es indudable que el intervalo de tiempo transcurrido entre la promulgación de la Constitución y el de la Ley 5/1984, resulta muy dilatado. Los acontecimientos internacionales, que ya fueron puestos de relieve con anterioridad, contribuyeron a la necesaria elaboración de una ley que estableciese la regulación del derecho reconocido en la Constitución⁵⁴.

La propia Exposición de Motivos de la Ley pone de relieve la problemática apuntada:

*I. La presente Ley tiene por objeto cumplir con el mandato constitucional 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,...*⁵⁵

Sin pretender un examen exhaustivo de la normativa española, complementada por el

Decreto 511/1985, de 20 de febrero, que aprueba el Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, hemos de hacer una referencia a los principales problemas que se han planteado a lo largo de estos años de vigencia de la Ley.

La norma española establece una amplia regulación del estatuto del asilado, al que dedica veintidos de los veinticuatro artículos que contiene la Ley. Podemos decir que constituye una regulación en la que se pone de manifiesto una diferenciación de estatutos entre los asilados y los refugiados, frente a la normativa general dentro del entorno jurídico más próximo, en el resto de los países europeos.

Pese a ser una regulación exhaustiva, en cuanto al asilo se refiere, y recoger los motivos del Convenio de Ginebra de 1951 y el Protocolo de Nueva York de 1967, queda claro en su artículo 2.1 que:

El derecho de asilo es la protección graciable dispensada por el Estado, en el ejercicio de su soberanía, a los extranjeros que se encuentren en alguna de las circunstancias previstas en el artículo 3...

Y, únicamente corresponde al Gobierno conocer y decidir sobre las solicitudes de asilo, con lo que realmente el derecho de asilo queda circunscrito a la mera posibilidad de solicitar el asilo, según se reconoce en el artículo 1 de la citada Ley. En estos términos se expresa la propia Ley en su artículo 1⁵⁶.

Hemos de poner de relieve algunas cuestiones que ya han sido analizadas por otros autores⁵⁷, pero que configuran la problemática suscitada por la Ley actualmente en vigor.

Hay que destacar la existencia de una doble configuración del asilo. Por un lado, el que se otorga a la persona que se encuentra en algunas de las circunstancias del artículo 3 y, junto a éste, el de aquellas otras personas que sin encontrarse entre dichos motivos, se vea conveniente otorgarlo por causas humanitarias. Para éstos, la concesión del asilo reviste un carácter temporal puesto que, transcurrido el permiso de residencia que se les otorga por seis meses, será revisada la condición de asilado⁵⁸.

Asimismo, el régimen de recursos previsto deja la protección del demandante de asilo en entredicho. Hay que tener en cuenta que la Ley únicamente establece la posibilidad del recurso ante los órganos jurisdiccionales, en los supues-

tos de revocación del asilo por el Gobierno y ante la inadmisión de la demanda de asilo por el Ministro del Interior⁵⁹. Es decir, frente a la denegación del asilo no cabe interponer recurso alguno, salvo en vía administrativa, si bien el rechazo a conceder el asilo no supone la expulsión de la persona demandante sino que en ese momento se encuentra en la misma situación que cualquier otro extranjero en España. Únicamente, cuando la entrada haya sido ilegal puede suponer la expulsión del demandante al que no se le ha concedido el asilo, pero siempre atendiendo al principio de *non-refoulement*, como se deduce en el texto de la norma:

En caso de disponerse la expulsión, no podrá efectuarse a un país donde la persona expulsada pueda tener motivos fundados para temer persecución o castigo, en los términos del artículo 3º de esta Ley⁶⁰.

La entrada ilegal en España no supone, por tanto, la expulsión del demandante de asilo, sino que deberá presentarse inmediatamente a las autoridades⁶¹, y la solicitud hecha en cualquier frontera supondrá la admisión provisional del extranjero, sin perjuicio de la posterior resolución⁶².

D Examen de la Solicitud en el Proyecto de modificación de la Ley 5'1984

El Proyecto de Ley de Modificación de la Ley 5/1984 reguladora del derecho de asilo y condición del refugiado⁶³, de 24 de noviembre de 1992, modifica el artículo 5 en su apartado 1, y establece que:

Solicitado el asilo por cualquier extranjero, no podrá ser rechazado en frontera o expulsado hasta tanto se haya inadmitido a trámite su petición o resuelto sobre la misma, sin perjuicio de las medidas cautelares que pueda adoptar la Autoridad gubernativa por motivos de salud o seguridad públicas⁶⁴.

En el citado Proyecto, una vez presentada la demanda⁶⁵, se establecen una serie de medidas encaminadas a otorgar una mayor seguridad jurídica en la apreciación de los requisitos exigidos y evitar dilaciones indebidas que coloquen a los solicitantes en situaciones de incertidumbre, pudiendo incluso ponerse en peligro la propia finalidad del asilo solicitado. Dichas medidas han sido expresadas en el citado Proyecto, de la forma siguiente:

Cuando la solicitud sea presentada en la frontera española, la resolución sobre su inadmisión a trámite deberá ser notificada en el plazo máximo de cuatro días desde la presentación. El representante en España del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados será informado inmediatamente de la presentación de la solicitud y podrá entrevistarse, si lo desea, con el solicitante⁶⁶.

El Grupo Socialista presentó al citado Proyecto dos enmiendas de adición al artículo 5.7 de la Ley 5/1984, con la finalidad de precisar la situación durante la espera del solicitante. La enmienda nº 52 establecía que:

Durante la tramitación de la admisión a trámite de la solicitud y, en su caso, de la petición de reexamen, el solicitante permanecerá en el puesto fronterizo, habilitándose al efecto unas dependencias adecuadas para ello⁶⁷.

La enmienda nº 53 por su parte, recoge un supuesto de silencio positivo a favor del demandante, al señalar que en

El transcurso del plazo fijado para la inadmisión a trámite de una solicitud presentada en frontera o, en su caso, del previsto para resolver una petición de reexamen sin que se notifique dicha resolución al interesado, determinará la admisión a trámite de su solicitud y, de conformidad con lo dispuesto en el nº 2 del artículo 4, la autorización de la entrada del solicitante en el territorio español⁶⁸.

De esta forma el ordenamiento español se plantea más generosamente la atención de las solicitudes de conformidad con las Resoluciones del Parlamento Europeo, especialmente con la ya comentada de 12 de marzo de 1987.

Correspondiendo a España el examen de la solicitud será el Gobierno, a propuesta del Ministro del Interior, previo examen por la Comisión Interministerial prevista en el artículo 6, quien deberá resolver sobre la concesión del asilo. Hay que mencionar que en el Proyecto de Ley de Modificación aparece sustituido el representante del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social por el de Asuntos Sociales, dentro de la composición de dicha Comisión.

Son requisitos para la concesión de asilo el reunir aquellos previstos en los Instrumentos Internacionales ratificados por España. Especial-

mente, la Convención sobre el Estatuto de los refugiados y el Protocolo sobre el Estatuto de refugiados.

En este sentido hay que hacer referencia a la Resolución del Parlamento Europeo de 12 de marzo de 1987, que aspira a que sea tenida en cuenta la definición de refugiado dada en la Convención de la Organización para la Unidad Africana de 1969, como base para la tramitación de las solicitudes de asilo. Dicho texto dice en su artículo I(2):

The term "refugee" shall also apply to every person who, owing to external aggression, occupation, foreign domination or events seriously disturbing public order in either part or the whole of his country of origin or nationality, is compelled to leave his place of habitual residence in order to seek refuge in another place outside his country of origin or nationality⁶⁹.

La misma Resolución aconseja también atender a las situaciones de persecución por razón de sexo o de la orientación sexual del solicitante⁷⁰ según el sentido de la Resolución del Parlamento Europeo de 11 de junio de 1986 sobre agresiones a la mujer⁷¹ y en especial en su apartado 48, sobre las mujeres refugiadas, que solicita sean consideradas las acciones que constituyan un abuso sexual de la mujer como persecución por pertenencia a un determinado grupo social.

Hay que tener en cuenta que el verdadero problema planteado sobre este punto está constituido por la prueba de tales situaciones y baste recoger, en este sentido, la posición de la jurisprudencia suscitada recientemente en la que el Tribunal Supremo aborda el problema dando lugar a las siguientes argumentaciones:

...la principal cuestión que se suscita en estos procesos radica en precisar hasta qué punto es exigible una prueba plena respecto a la concurrencia de los presupuestos necesarios para obtener la condición de refugiado o asilado, siendo la respuesta que no es factible la exigencia de una prueba plena, porque partiendo del hecho notorio de que en determinado país existen unas circunstancias socio-políticas que conllevan persecución por razones de raza, etnia, religión o pertenencia a un grupo social o político determinado contrario al sistema imperante, tal situación de convulsión e incertidumbre impide general-

mente la obtención que acrediten la condición o situación de perseguido, pues no cabe olvidar que cuando tales circunstancias concurren, en la mayor parte de los casos condicionan las conductas de los nacionales, obligándoles unas veces a exiliarse y otras a retornar al país. Por eso habrá de bastar una prueba indiciaria que prima facie acredite que quien solicita el asilo o refugio es o puede ser perseguido en razón de las diferencias expuestas, sin que quepa establecer criterios de general aplicación o interpretación complementaria de la norma, pues será cada situación, con sus peculiaridades, la que lleve a la convicción precisa y necesaria para otorgar el régimen solicitado⁷².

Para la apreciación de las situaciones que dan lugar al otorgamiento del asilo no basta la mera declaración del solicitante sino que es preciso la aportación de un principio de prueba suficiente para acreditar la situación padecida. Así se exige expresamente por la Sala 3ª del Tribunal Supremo en numerosas sentencias⁷³.

El artículo 5.6 recoge pormenorizadamente las causas de inadmisión a trámite de la solicitud de asilo. Este apartado ha resultado controvertido, dando lugar a que en la tramitación en el Congreso se produjese la proposición de 39 enmiendas de las que 22 serían posteriormente aprobadas⁷⁴.

Hay que resaltar que frente a la inadmisión a trámite podrá solicitarse un reexamen en el plazo de 24 horas que habrá de ser resuelto en el término de dos días. Si se confirma la inadmisión se procederá al rechazo en frontera, a la salida obligatoria o expulsión del territorio español, según lo previsto en el artículo 17 del Proyecto de Modificación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo. Dicho artículo, en el Texto remitido por el Congreso de los Diputados al Senado, recoge en el párrafo 2 una ampliación excepcional⁷⁵:

2. No obstante, lo dispuesto en el número anterior, por razones humanitarias o de interés público podrá autorizarse, en el marco de la legislación general de extranjería, la permanencia en España del interesado cuya solicitud haya sido inadmitida a trámite o denegada, en particular cuando se trate de personas que, como consecuencia de conflictos o disturbios graves de carácter político, étnico o religioso, se hayan visto obligadas

a abandonar su país y no cumplan los requisitos a que se refiere el número 1 del artículo 3 de esta Ley.

Sin duda alguna, esta adición parece muy oportuna a la luz de las últimas decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Baste hacer referencia a dos de éstas, de reciente pronunciamiento.

En primer lugar en el caso **Cruz Varas c/Suecia**, de 20 de marzo de 1991⁷⁶, se recoge la doctrina ya consolidada en la Corte para los supuestos de expulsión de extranjeros en los que se pretendía hacer valer, como motivos para evitar la expulsión, el riesgo inminente de padecer malos tratos si los demandantes regresan a su país como consecuencia de la expulsión. Motivos que, sin embargo, no son suficientes para el estatus de refugiado según las causas del Convenio de Ginebra. En la mayoría de los casos se invocan los artículos 3 y 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos. En cuanto al artículo 3, la Corte estima aplicable la jurisprudencia ya pronunciada en el caso **Soering** (decisión de 7 de julio de 1989), caso en el que surgió un problema sobre dicha prueba, para concluir después de un examen minucioso, que no se produce una violación, en este caso del artículo 3.

Por el contrario, en el caso **Vilvarajah y otros c/Reino Unido** de 30 de octubre de 1991⁷⁷, se resalta que el derecho de asilo no está reconocido ni en la Convención, ni en los Protocolos. Los demandantes alegan que hace falta poner en la balanza las exigencias del interés general de la comunidad y los imperativos de protección de los derechos individuales fundamentales. La Corte apela a los principios ya asentados en el asunto Cruz Varas: hace falta tener en cuenta el conjunto de los elementos disponibles, las circunstancias que el Estado debería tener conocimiento y, la gravedad del tratamiento al que el interesado sería sometido en el caso de su expulsión, para otorgar el asilo. Los términos de la resolución son los siguientes:

En vue d'apprécier l'existence, à l'époque considérée, d'un risque de traitements contraires à l'article 3, la Cour se doit appliquer des critères rigoureux, eu égard au caractère absolu de cette disposition et au fait qu'elle consacre l'un des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques formant le Conseil de l'Europe⁷⁸.

CONCLUSIÓN

En el umbral de la unión europea ha quedado puesto de manifiesto que, en aquellas materias cuyo debate resulta más delicado porque se ponen en juego los intereses prioritarios de los Estados miembros, surgen procesos lentos de armonización y de progreso de las libertades.

No es de extrañar que en los puntos analizados puedan aparecer motivos para pensar que el balance resulta no del todo positivo. Indudablemente son muchas las expectativas que se tienen puestas sobre el problema de la inmigración y de la creciente demanda de asilo, pero no puede resultar inesperado que algunas hayan quedado frustradas en mayor o menor medida.

Las críticas no se han dejado esperar y se han dirigido desde todos los sectores sociales. Tanto por quienes abogan por un mayor respeto de los derechos humanos y, consiguientemente, de la protección de quienes son perseguidos, como por aquellos que entienden como más deseable el promover medidas más restrictivas para frenar la inmigración. Pero, de alguna manera, la lucha contra el fraude y, en este caso la inmigración ilegal, supone dificultar más o, al menos, retrasar el proceso para quienes realmente son susceptibles de beneficiarse del asilo.

Se ha llegado a suscitar un debate acerca de la posible violación de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el estatuto de los refugiados, entre quienes sostienen que el Convenio de aplicación de Schengen vulnera la autonomía de cada Estado en la concesión del estatuto de refugiado⁷⁹ y aquellos otros para quienes el Convenio va más allá en materia de protección del demandante de asilo en cuanto establece una especial garantía del principio de *non-refoulement*⁸⁰.

Más deseable hubiese resultado la integración de las negociaciones en el marco comunitario y con sometimiento pleno al control de las Instituciones, especialmente en cuanto al Tribunal de Justicia se refiere, si bien el propio Convenio de aplicación establece la inaplicabilidad de aquellas disposiciones que sean incompatibles con el Derecho comunitario⁸¹.

No cabe duda de que la posible entrada en vigor de las disposiciones previstas en el Convenio de aplicación supondría la adopción de toda una serie de medidas claramente restrictivas de la

inmigración que inciden negativamente sobre el asilo, como son las referentes a visados, control de documentación por las compañías de transportes de viajeros y expulsión de extranjeros⁸², pero que no son de extrañar en un Convenio que versa sobre la supresión gradual de controles en las fronteras comunes.

Resultan más esperanzadoras las disposiciones del Convenio de Dublín que no contiene este tipo de medidas restrictivas y que introduce una protección básica del demandante de asilo cual es la determinación de un Estado responsable del examen de la demanda y la consiguiente desaparición de los refugiados en órbita. Todo ello, con un tratamiento específico del derecho de asilo que, considerando el principio de especialidad material, vendría a aplicarse preferentemente al Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, independientemente de la finalidad perseguida por ambos Convenios ya que su negociación intergubernamental les sitúa al margen del Derecho comunitario y sometidos exclusivamente a las normas del Derecho internacional. Criterio de especialidad que podría alterarse en virtud del orden en que se produzca la ratificación de los Convenios y de las posibles adhesiones, o no, del resto de los miembros comunitarios al Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, según las normas del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

BIBLIOGRAFÍA

- Les Accords de Schengen: abolition des frontières internes ou menace pour les libertés publiques?: Actes du colloque tenu à Luxembourg.* Maastricht: Ed. Alexis Pauly, European Institute of Public Administration, 1993, 269 pp.
- ALEDO, L.-A., "La perte du statut de réfugié en Droit international général", *Revue Générale de Droit International Public* 95, 1991, pp. 371-404.
- BARONTINI, G., "Sulla competenza per l'esame delle domande di asilo secondo le Convenzioni di Schengen e di Dublino", *Revista di diritto internazionale* LXXV, 1992, pp. 334-347.
- BLANC, H., "Schengen: le chemin de la libre circulation en Europe", *Revue du Marché commun* 351, octubre 1991, pp. 722-726.
- BOLTEN, J.J., "From Schengen to Dublin", *Netherlands Juristenblad* 66, 1991, pp. 165-178.
- CHOCHEYRAS, L., "La convention d'application de l'accord de Schengen", *Annuaire Français de Droit International* XXXVII, 1991, pp. 807-818.

- ERGEC, R., "Le Conseil de l'Europa et les réfugiés", *Revue belge de Droit international* XXII, 1989, pp. 121-132.
- ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., "El Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen y el Convenio de Dublín: una aproximación al asilo desde la perspectiva comunitaria", *Revista de Instituciones Europeas* 20, 1993, pp. 53-100.
- ESPADA RAMOS, M.- MOYA ESCUDERO, M., "La Ley reguladora del asilo y condición de refugiado de 26 de marzo de 1984: ¿Nacionalismo o internacionalismo?", *Revista de Estudios Internacionales* 6, 1985, pp. 73-85.
- HAILBRONNER, K., "Perspectives of a Harmonization of the Law of Asylum after the Maastricht Summit", *Common Market Law Review* 29, 1992, pp. 917-939.
- HOFMANN, R., "Refugee Law in the African Context". *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 52, 1992, pp. 318-333.
- JAEGER, G., "Les Nations Unies et les réfugiés", *Revue belge de Droit international* XXII, 1989, pp. 18-120.
- KÄLIN, W., *Droit des réfugiés*, Fribourg: Ed. universitaires, 1991, 337 pp.
- LÓPEZ GARRIDO, D., *El derecho de asilo*, Madrid: Ed. Trotta, 1991, 471 pp.
- MARIÑO MENÉNDEZ, F., "El concepto de refugiado en un contexto de Derecho internacional general", *Revista Española de Derecho Internacional* XXXV, 1983, pp. 337-369.
- MIGUEL ZARAGOZA, J. de, "La Cooperación Judicial en los Pactos de Schengen", *Noticias/CEE* 90, julio de 1992, pp. 73-82.
- "La Cooperación Judicial en los Pactos de Schengen", Suplemento al *Boletín Oficial del Ministerio de Justicia* n° 1676, de 5 de julio de 1993, pp. 5-19.
- MORANGE, J., "La réconduite à la frontière des demandeurs d'asile", *Revue française de Droit administratif* 8, 1992, 90-103.
- MOUSSALI, M., "La situation des réfugiés dans le monde", *Revue belge de Droit international* XXII, 1989, pp. 7-17.
- NAYER, A., "La Communauté européenne et les réfugiés", *Revue belge de Droit international* XXII, 1989, pp. 133-149.
- NOREK, C., "Le droit d'asile en France dans la perspective communautaire", *Revue française de Droit administratif* 5, pp. 200-206.
- PRÉTOT, X., "Conseil constitutionnel, décision n° 91-294, du 25 juillet 1991, Loi autorisant l'approbation de la Convention d'application de l'Accord Schengen, conformité à la Constitution", Note, *Revue trimestrielle de Droit européenne* 28, 1992, pp. 187-212.
- SCHNYDER, F., "Les aspects juridiques actuels du problème des réfugiés", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* 114, 1965, pp. 340-450.
- SCHUTTE, J.J.E., "Schengen: Its meaning for the free movement of persons in Europe", *Common Market Law Review* 28, 1991, pp. 549-570.
- VEDEL, G., "Schengen et Maastricht (À propos de la décision n° 91-294 du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1991)", *Revue française de Droit administratif* 8, pp. 173-181.
- VILLEPIN, X. de, "Vers une politique des frontières. À propos des Accords de Schengen", *Commentaire Paris* 57, 1992, pp. 95-99.
- WECKEL, Ph., "La Convention additionnelle à l'Accord de Schengen", *Revue Général de Droit International Public* 95, 1991, pp. 405-437.
- WEISS, P., "The 1967 Protocol relating to the Status of Refugees and some Questions of the Law of Treaties", *British Yearbook of International Law* XLII, 1967, pp. 39-70.
- WIERZBICKI, B., "Political asylum in international Law", *Revue hellénique de Droit international* 38ème. et 39ème. années, 1985-1986, pp. 11-19.
- ZIMMERMANN, A., "Asylum Law in the Federal Republic of Germany in the Context of International Law", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 53, 1993, pp. 49-87.

NOTAS

1 Sobre la situación en Africa puede verse HOFMANN, R., "Refugee Law in the African Context", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 52, 1992, pp. 318-333, especialmente pp. 318 y 319, donde recoge cifras sobre el número de refugiados, próximo a los 6.000.000, así como las causas a las que se puede achacar esta situación.

2 Existen en la actualidad más de 800.000 refugiados que viven en Europa occidental. La gran mayoría provienen de los países del Este, aunque en los últimos años se ha producido un incremento de las demandas de asilo provenientes de otras regiones del mundo. MOUSSALI, M., "La situation des réfugiés dans le monde", *Revue belge de Droit international* XXII, 1989, pp. 7-17, recoge las siguientes estadísticas:

Alors qu'au début des années 70, on enregistrait pour toute l'Europe occidentale une moyenne de 13.000 personnes par an qui demandaient l'asile et qui, presque toutes, étaient reconnues réfugiés, ces trois dernières années le chiffre s'est élevé à près de 200.000 personnes par an, dont près de 20% sont reconnues réfugiés.

Alors qu'au début presque tous étaient européens, aujourd'hui plus de 60% des demandeurs sont originaires du Tiers-Monde. Entre 1984 et 1986, les groupes principaux arrivés en Europe occidentale sont les suivants: les Iraniens (80.000), les Tamouls (54.000), les Turcs (48.000), les Polonais (47.000), les Ghanéens (25.000), et les Indiens (16.000).

Otros autores, como HAILBRONNER, K., ofrece las cifras de 325.000 demandantes de asilo en 1990, registrados entre las Comunidades Europeas y la EFTA, frente a los 169.700 de 1988. HAILBRONNER, K., "Perspectives of a Harmonization of the Law of Asylum after the Maastricht Summit", *Common Market Law Review* 29, 1992, p. 917.

LÓPEZ GARRIDO, D., recoge en su libro: *El derecho de asilo*, Madrid: Ministerio de Asuntos Sociales y Ed. Trotta, 1991, 334 pp., estadísticas sobre los refugiados reconocidos en Europa, según el país que otorgó el reconocimiento, así como el número estimado de personas que buscan asilo en Europa anualmente en el período comprendido entre el año 1972 y 1985. Junto a estas cifras ofrece datos sobre el número de solicitudes que fueron

atendidas sobre el total de personas que buscaron asilo en cada país de Europa, desde 1977 a 1986. Con respecto a España recoge, por un lado, el número de asilados y, por otro, el de refugiados, según la terminología empleada por la actual Ley 5/1984, de 26 de marzo reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, reconocidos a 31 de diciembre de 1988, clasificándolos según el país de procedencia. Véase especialmente las pp. 325 a 329.

3 Véase HAILBRONNER, K., op. cit., p. 1 y 2.

4 DOCE 078, 22.5.64, pp. 1225, o en la edición especial: EE 05, v.01, p. 40.

5 Artículo K.1 del Tratado de la Unión Europea.

6 Pueden verse la anteriormente citada Declaración de 25 de marzo de 1964 de los representantes de los Estados miembros de la CEE, reunidos en el Consejo, con respecto a los refugiados; la Resolución del Parlamento Europeo de 11 de junio de 1986 sobre las agresiones a la mujer (DOCE nº C 176 de 14.7.86, pp.73 y ss.), en su apartado 48 referente a las mujeres refugiadas; la Declaración contra el racismo y la xenofobia de 11 de junio de 1986 (DOCE nº C 158 de 25.6.86, p.1.); y especialmente, la Resolución del Parlamento Europeo sobre la iniciativa para entablar conversaciones en el ámbito comunitario, bajo los auspicios del Consejo para la configuración de una política europea común en materia de refugiados de 9 de octubre de 1986 (DOCE nº C 283 de 10.11.86, p.74) y la Resolución sobre los problemas del derecho de asilo de 12 de marzo de 1987 (DOCE nº C 99 de 13.4.87, p.167).

7 Un análisis más detallado del tratamiento del derecho de asilo en el seno del Consejo de Europa, puede encontrarse en el trabajo de ERGEC, R., "Le Conseil de l'Europe et les réfugiés", *Revue belge de Droit international* XXII, 1989, pp. 121-132.

Aunque la Convención Europea de Derechos Humanos no preve expresamente el derecho al asilo, el artículo 3 establece:

Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.

Sobre la base de esta norma, la Comisión ha construido un sistema de protección que cristalizó en el artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra la tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes de 10 de diciembre de 1984. Por tanto, la libertad de los Estados Contratantes de controlar la entrada de extranjeros sobre su territorio no es absoluta. Basta acudir a la decisión del Tribunal Europeo manifestada en el caso Soering de 7 de julio de 1989, para constatar los posibles límites:

...l'expulsion d'une personne peut, dans certaines circonstances exceptionnelles, faire naître un problème sous l'angle de la Convention et singulièrement de son article 3, lorsqu'il existe de sérieuses raisons de craindre que l'intéressé soit soumis, dans l'Etat où il doit être envoyé, à un traitement contraire à cet article.

8 Ver el texto en *European Yearbook* XV, 1967, pp. 349-351.

9 Esta resolución anima al Comité de Ministros a invitar a todos los gobiernos miembros de los Estados miembros para que reconozcan el derecho de recurso individual previsto en el artículo 25 de la Convención Europea de los Derechos Humanos. Ver el texto en *Yearbook of the European Convention of Human Rights* 20, 1977, pp. 82-85.

10 Ver el texto en *Yearbook of the European Convention of Human Rights* 31, 1988, pp. 242-243.

11 Firmado por España el 24 de mayo de 1985 y ratificado el 21 de mayo de 1987, (BOE de 24 de julio de 1987).

Este Acuerdo sobre la transferencia de responsabilidad con respecto a los refugiados hace girar todos sus efectos sobre la permanencia efectiva y no interrumpida durante dos años en el segundo Estado, en los términos siguientes del artículo 2.1:

Se considerará transferida la responsabilidad al expirar un período de dos años de permanencia efectiva y no interrumpida, en el segundo Estado con la conformidad de las autoridades de éste, o con anterioridad, en el caso de que el segundo Estado haya permitido al refugiado quedarse en su territorio con carácter permanente o por un período que exceda del de la validez del documento de viaje.

Establece el artículo 1:

A los efectos del presente Convenio: (...) d) Por segundo Estado se entenderá otro Estado, parte del presente acuerdo, en el que se halle el refugiado titular del documento de viaje expedido por el primer Estado.

12 Este acuerdo inicial establece en su Título I medidas aplicables a corto plazo, y en su Título II, a largo plazo. Entre éstas los artículos 17 y 20 establecen respectivamente:

En materia de circulación de personas, las Partes tendrán a suprimir los controles en las fronteras comunes y transferirlos a sus fronteras externas. Con estos fines, se esforzarán, previamente, por armonizar, en caso necesario, las disposiciones legislativas y reglamentarias relativas a las prohibiciones y restricciones en que se basan los controles, y por tomar medidas complementarias para salvaguardar la seguridad y para impedir la inmigración ilegal de nacionales de Estados no miembros de las Comunidades Europeas.

Las Partes se esforzarán por conseguir la armonización de sus políticas en materia de visados, así como sobre las condiciones de entrada en sus territorios.

13 El 27 de noviembre de 1990 se llevó a cabo en París, la firma del Acuerdo de adhesión de la República italiana al Acuerdo de supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, hecho en Schengen el 14 de junio de 1985. España y Portugal lo hicieron en Bonn el 25 de junio de 1991 (BOE de 30 de julio de 1991), y últimamente en Madrid, el 6 de noviembre de 1992, Grecia, (BOE de 9 de febrero de 1993).

El Convenio de aplicación del Acuerdo, que aparece publicado en el BOCG, Congreso de los Diputados, de 26 de octubre de 1991, aún no ha sido ratificado por España.

14 Intervención del Ministro delegado del Ministro de Asuntos Exteriores de Francia, en el debate ante la Asamblea Nacional, *Journal Officiel. Asssemblée Nationale. Débats parlementaires*. 4 de junio de 1991, p. 2660.

15 Hay que tener en cuenta que en lo que a estadísticas de solicitantes de asilo se refiere, Alemania y Francia son los países europeos donde las cifras resultan más altas. En el año 1984 Alemania registro un total de 35.278 solicitudes de asilo, y Francia 15.900 (Según las cifras proporcionadas por el ACNUR). En sucesivos años las cifras se han ido disparando de tal forma que, en el año 1991, Alemania fue solicitada por 256.000 extranjeros que buscaban asilo y en 1992 319.674. Véanse los datos proporcionados por ZIMMERMANN, A., "Asylum Law in the Federal Republic of Germany in the Context of International Law", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 53, 1993, p. 50 y nota 2.

16 *Journal Officiel de la République française. Lois et décrets*, del 3 de agosto de 1984, (*Décret de publication* de 1 de agosto de 1984), pp. 2562-2566. Puede encontrarse reproducido en la *Revue générale de Droit international public* 88, 1984, pp. 1026-1030.

17 Artículo 8 del Acuerdo de Sarrebrück.

18 Artículo 15 del Acuerdo de Sarrebrück.

19 Véase SCHUTTE, J.J.E., "Schengen: Its meaning for Free Movements of Persons in Europe", *Common Market Law Review* 28, 1991, p. 550 y 551.

20 Sobre la elaboración y los trámites de la negociación de la Convención de aplicación del Acuerdo de Schengen, puede verse CHOCHAYRAS, L., "La convention d'application de

l'accord de Schengen", *Annuaire Français de Droit International* XXXVII, 1991, pp. 807-818, especialmente las pp. 808 a 810.

21 Dicho acuerdo fue concluido y firmado en Dublín el 15 de junio de 1990 por todos los Estados miembros excepto por Dinamarca que lo haría el 13 de junio de 1991. Los motivos por los que la firma de los Acuerdos es, casi sistemáticamente, retrasada por Dinamarca residen en que este país posee un régimen especial sobre movimiento de personas con la Unión Nordica, aplicable al territorio de dicha Unión, lo cual plantea numerosos problemas. Véase SCHUTTE, J.J.E., *op. cit.*, p. 563.

Este Acuerdo puede encontrarse publicado en el libro de LÓPEZ GARRIDO, D., *op. cit.*, pp. 314-323. Y también en la *Revue Générale de Droit International Public* 95, 1991, pp. 584-604.

22 WECKEL, Ph., "La Convention additionnelle a l'Accord de Schengen", *Revue Générale de Droit International Public* 95, 1991, p. 407.

23 Aparece publicada en el *Journal Officiel de la République française*, 27 de julio de 1991, p. 10.001.

Realizan un estudio pormenorizado de esta Decisión: PRÉTOT, X., "Note à la Décision 91/294 du 25 juillet 1991", *Revue trimestrielle de Droit européenne* 28, janvier-mars 1992, pp. 187-212. También VEDEL, G., "Schengen et Maastricht (à propos de la Décision n°91-294 DC du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1991)", *Revue française de Droit administratif* 8, mars-avril 1992, pp. 173-180.

24 DOCE n° C 283, 10.11.86, pp. 74 y 75.

25 DOCE n° C 99, 13.4.87, pp. 167-171.

26 Sobre este Anteproyecto de Directiva y su repercusión en el ordenamiento interno francés puede verse NOREK, C., "Le droit d'asile en France dans la perspective communautaire", *Revue française de Droit administratif* 5, mars-avril 1989, pp. 200-206.

27 Resolución del Parlamento Europeo de 23 de noviembre de 1989 sobre la firma del Acuerdo adicional de Schengen, (DOCE n° C 323, 27.12.89, pp. 98-99).

Entre los párrafos de dicha Resolución es especialmente reseñable el correspondiente a la letra F, en que con términos claros de denuncia, viene a decir lo siguiente:

Preocupado por el hecho de que las discusiones secretas, sin el control democrático de la supervisión parlamentaria, sobre asuntos relativos a intervenciones policiales, de seguridad e inmigración interior y exterior, especialmente las que afectan a los refugiados, por parte de Estados miembros que actúan fuera de las competencias de las instituciones europeas en foros tales como Schengen, el Grupo TREVI y el Grupo ad hoc sobre Inmigración, puedan violar las Convenciones y principios democráticos antes mencionados.

Entre dichos Convenios aparecen mencionadas: la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y el Protocolo adicional de 1967, en especial los artículos 31, 33 y 35, el Estatuto del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, artículo 8. Y en especial, el Preámbulo del Tratado de la CEE y el Acta Única Europea, en sus artículos 5 y 229.

28 Párrafos séptimo a noveno de la Resolución del Parlamento Europeo de 14 de junio de 1990, sobre el Acuerdo de Schengen y el Convenio relativo al derecho de asilo y al estatuto de los refugiados del Grupo ad hoc sobre inmigración, (DOCE n° C 175, 16.7.90, pp. 170-172).

El mismo Parlamento Europeo subraya este carácter ajeno al marco jurídico comunitario a lo largo de la Resolución en frases tales como las del párrafo séptimo y que declara:

Visto el Convenio mencionado, así como un segundo proyecto de convenio sobre todos los aspectos relativos a los controles de personas en las fronteras exteriores, elaborado

por el Grupo ad hoc sobre inmigración que funciona en el marco del Derecho Internacional y, en consecuencia fuera del marco comunitario...

O, aún con más claridad si cabe, en el párrafo décimo, según el cual:

Vistas las mencionadas Resoluciones de 23 de noviembre de 1989 y de 15 de marzo de 1990, en las que se pide total transparencia en el trabajo de los distintos organismos intergubernamentales compuestos por algunos o por la totalidad de los Estados miembros, pero que funcionan con arreglo al Derecho internacional y no a la legislación comunitaria.

29 Este término es utilizado por BOLTEN, J.J., en su trabajo "From Schengen to Dublin", *Netherlands Juristenblad* 66, 1991, pp. 165-178, como el ámbito de los países Schengen, que a su vez toma de la revista *Newsweek*, de fecha 2 de julio de 1990.

30 MIGUEL ZARAGOZA, J. de, "La Cooperación Judicial en los Pactos de Schengen", *Noticias/CEE* 90, julio de 1992, pp. 73-82. El mismo trabajo en: Suplemento al *Boletín Oficial del Ministerio de Justicia* n° 1676, 5 de julio de 1993, pp. 5-19, especialmente la p. 6; considera que ambos pactos poseen una naturaleza interestatal clásica y sin carácter comunitario. Dichas afirmaciones se fundamentan en los siguientes motivos: su adopción en una conferencia intergubernamental, sin intervención de las instancias comunitarias; la ausencia de procedimientos de revisión de carácter comunitario; la posibilidad de adhesión de nuevos miembros; la determinación de depositario del Ducado de Luxemburgo y no de las Comunidades y la falta de competencia del Tribunal de Justicia para su interpretación.

31 Resolución del Parlamento Europeo de 14 de junio de 1990, sobre el Acuerdo de Schengen y el Convenio relativo al derecho de asilo y al estatuto de los refugiados del Grupo ad hoc sobre inmigración, anteriormente citada, vd. supra nota 28.

32 Punto 3 de la Resolución sobre la iniciativa para entablar conversaciones en el ámbito comunitario, bajo los auspicios del Consejo para la configuración de una política europea común en materia de refugiados de 9 de octubre de 1986, vd. supra nota 24.

33 MELANDER, G., *Refugees in Orbit*, Ginebra: University Exchange Fund, 1978, en la p. 3 define el concepto de refugiado en órbita en los siguientes términos:

...the situation of persons who, although they have been placed in immediate jeopardy by being rejected at the frontier or otherwise sent back to the country where they are liable to persecution, are not granted asylum, still less refugee status, in any country in which they make an application for asylum. As a result they are shoved to one country after another in a constant quest for asylum.

34 Punto 1,h) de la Resolución sobre los problemas del derecho de asilo de 12 de marzo de 1987, vd. supra nota 25.

35 Decisión n° 91-294 de 25 julio de 1991 del Consejo constitucional de Francia. *Vd. supra nota 23.*

36 Artículo 32 del Convenio de Aplicación de Schengen, cuyo contenido es el siguiente:

La Parte Contratante responsable del examen de la solicitud de asilo lo llevará a cabo con arreglo a su Derecho nacional.

37 Artículo 3.1 del Convenio de Dublín.

38 Artículo 29.1 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen.

39 En este sentido se pronuncia BOLTEN, J.J., *op. cit.*, p. 173, punto 29.

40 Hay que tener en cuenta que el artículo 29.2 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen dispone:

Este compromiso no obligará a una Parte Contratante a autorizar en todos los casos la entrada o estancia del solicitante de asilo en su territorio.

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

41 El punto 1 b) de la Resolución del Parlamento Europeo de 12 de marzo de 1987, sobre los problemas del derecho de asilo dispone, a la luz de la Declaración Universal de los Derechos Humanos expresamente mencionada, en su segundo párrafo que, por parte de las autoridades correspondientes, se observen los principios de no expulsión ni devolución, en los términos siguientes:

1. Pide a los Estados miembros que adopten una postura más generosa frente a las solicitudes de asilo y que en la tramitación de las solicitudes de asilo observen los siguientes principios:

a) las disposiciones en materia de visados no deben impedir o limitar las posibilidades de que los perseguidos se pongan a salvo;

b) las autoridades de fronteras, de inmigración y de extranjeros deben atenerse al principio de no expulsión ni devolución y, sobre todo, evitar todo tipo de discriminación de los solicitantes de asilo espontáneos (que no disponen de visado);

42 Esta es la postura mantenida por BARONTINI, G. "Sulla competenza per l'esame delle domande di asilo secondo le Convenzioni di Schengen e di Dublino", *Revista de diritto internazionale* LXXV, 1992, pp. 335-347. Véase especialmente las pp. 338 y 339, en las que se expresa en los siguientes términos:

Quanto maggiore è il numero degli Stati nei quali sono presentate domande, tanto maggiori sono le possibilità concrete per un individuo di rinvenire uno Stato che conceda la protezione sollecitata: stabilire, in un determinato contesto geografico, che solo uno Stato possa essere ritenuto competente all'esame delle domande, con liberazione da ogni obbligo per gli altri Stati pure destinatari di analoghe richieste, significherebbe una indiscutibile limitazione del diritto di ogni persona di cercare e di godere, in altri Paesi, asilo dalle persecuzioni, così come enunciato, ad esempio, nell'art. 14 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo.

43 Artículo 1, apartado primero, letra b) del Convenio de Dublín.

44 Artículo 1 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen.

45 Véase el artículo 1 del Convenio de Dublín de 15 de junio de 1990 y del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 19 de junio de 1990.

46 Artículo 3.2 del Convenio de Dublín.

47 Artículo 3.4 del Convenio de Dublín.

48 Artículo 29.3 del Convenio de aplicación de Schengen.

49 Artículo 29.4 del Convenio de aplicación de Schengen.

50 Véase la Decisión del Consejo constitucional nº 91-294 de 25 de julio de 1991.

Los términos del apartado cuarto del Preámbulo de la Constitución de 27 de octubre de 1946, son los siguientes:

Tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République.

51 Sobre el significado del principio de non-refoulement en la Convención de Ginebra y en la Convención Europea de Derechos Humanos, así como del concepto de *safe countries of origin* y el establecimiento por parte de algunos Estados europeos de listas de países de los cuales quedan *ipso facto* excluidas todas las personas que soliciten asilo, puede verse ZIMMERMANN, A., *op. cit.*, especialmente las pp. 52 a 73.

52 Apartado 1.b de la Resolución del Parlamento Europeo de 12 de marzo de 1987. Vd. supra nota 42.

53 El contenido del artículo 13.4 de la Constitución es el siguiente:

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

54 Indudablemente la precipitación de los acontecimientos, contribuyó de forma decisiva a la promulgación de una Ley que se hizo necesaria para legalizar los cauces de acceso al territorio nacional de multitud de demandantes de asilo.

De las cifras estadísticas aportadas por LÓPEZ GARRIDO, D., *op. cit.*, pp. 43 y 44, deducimos que en 1984, año en el que se promulga la Ley, el número de personas que buscaban asilo fue de 1.100. El año precedente, el número de demandantes fue de 1.400, y el de 1985, de 2.350. Sin embargo, la demanda ha ido decreciendo a lo largo de los años. Según pone de manifiesto el mismo autor, *op. cit.*, p. 44, ello tiene su causa en:

...la creciente dificultad para solicitar asilo y las trabas puestas en todo el trámite.

Las cifras corroboran dichas afirmaciones. De tal forma que, en el año 1989, el número de solicitudes fue de 1.183, de las que se fueron concedidas 248. En el año 1987 fueron solicitadas 1.824 demandas de asilo y se otorgaron 501.

55 Exposición de Motivos de la Ley 5/1984, de 26 de marzo reguladora del derecho de asilo y condición de refugiado.

56 El texto completo del artículo 1, Derecho a solicitar asilo, es el siguiente:

El territorio español constituirá un refugio inviolable para todas las personas a quienes se conceda asilo de conformidad con esta Ley. Se reconoce a los extranjeros el derecho a solicitar asilo.

57 Pueden verse los siguientes trabajos: LÓPEZ GARRIDO, D., *op. cit.*, pp. 37 a 47, y ESPADA RAMOS, M.L. y MOYA ESCUDERO, M., "La Ley reguladora del asilo y condición de refugiado de 26 de marzo de 1984: ¿Nacionalismo o internacionalismo?", *Revista de Estudios Internacionales* 6, 1985, pp. 91 a 100.

58 Véase el artículo 14 de la Ley 5/1984.

59 Véase el artículo 21 de la Ley 5/1984.

60 Artículo 17.2 de la Ley 5/1984.

61 Artículo 4.1 de la Ley 5/1984.

62 Véanse los artículos 4.2 y 5.1 de la Ley 5/1984.

63 BOCG (Congreso de los Diputados) de 27 de noviembre de 1992.

La principal modificación que pretende operar este Proyecto se centra en la supresión de la doble figura del asilo y refugio, ya que si aquél es entendido en el sentido que GRAHLMADSEN, A. expresa en su obra: *Territorial Asylum*, Stockholm, 1980, p.12, y recogido por WIERZBICKI, B., en su estudio: "Political Asylum in International Law", *Revue hellénique de Droit international* 38ème. y 39ème. années, 1985-1986, p. 12, como:

The right of asylum (the privileged legal situation of a person granted asylum) consists in: admitting a definite person to the territory of the state granting asylum (sometimes a person enters on another basis - as an ordinary visitor); permitting the person to take permanent residence; refraining from expelling and extraditing the person and prosecuting and punishing the person for offences committed prior to the granting of asylum.

Y siendo esta concesión graciable dispensada por el Estado en el ejercicio de su soberanía a los extranjeros que se encuentren en determinadas circunstancias, concediendo la autorización automática de residencia y trabajo en España y, si todos los refugiados pueden convertirse en asilados, carece de sentido el que la Ley y la jurisprudencia, como sentencias del Tribunal Supremo

l'accord de Schengen", *Annuaire Français de Droit International* XXXVII, 1991, pp. 807-818, especialmente las pp. 808 a 810.

21 Dicho acuerdo fue concluido y firmado en Dublín el 15 de junio de 1990 por todos los Estados miembros excepto por Dinamarca que lo haría el 13 de junio de 1991. Los motivos por los que la firma de los Acuerdos es, casi sistemáticamente, retrasada por Dinamarca residen en que este país posee un régimen especial sobre movimiento de personas con la Unión Nordica, aplicable al territorio de dicha Unión, lo cual plantea numerosos problemas. Véase SCHUTTE, J.J.E., *op. cit.*, p. 563.

Este Acuerdo puede encontrarse publicado en el libro de LÓPEZ GARRIDO, D., *op. cit.*, pp. 314-323. Y también en la *Revue Générale de Droit International Public* 95, 1991, pp. 584-604.

22 WECKEL, Ph., "La Convention additionnelle a l'Accord de Schengen", *Revue Générale de Droit International Public* 95, 1991, p. 407.

23 Aparece publicada en el *Journal Officiel de la République française*, 27 de julio de 1991, p. 10.001.

Realizan un estudio pormenorizado de esta Decisión: PRÉTOT, X., "Note à la Décision 91/294 du 25 juillet 1991", *Revue trimestrielle de Droit européenne* 28, janvier-mars 1992, pp. 187-212. También VEDEL, G., "Schengen et Maastricht (à propos de la Décision n°91-294 DC du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1991)", *Revue française de Droit administratif* 8, mars-avril 1992, pp. 173-180.

24 DOCE n° C 283, 10.11.86, pp. 74 y 75.

25 DOCE n° C 99, 13.4.87, pp. 167-171.

26 Sobre este Anteproyecto de Directiva y su repercusión en el ordenamiento interno francés puede verse NOREK, C., "Le droit d'asile en France dans la perspective communautaire", *Revue française de Droit administratif* 5, mars-avril 1989, pp. 200-206.

27 Resolución del Parlamento Europeo de 23 de noviembre de 1989 sobre la firma del Acuerdo adicional de Schengen, (DOCE n° C 323, 27.12.89, pp. 98-99).

Entre los párrafos de dicha Resolución es especialmente reseñable el correspondiente a la letra F, en que con términos claros de denuncia, viene a decir lo siguiente:

Preocupado por el hecho de que las discusiones secretas, sin el control democrático de la supervisión parlamentaria, sobre asuntos relativos a intervenciones policiales, de seguridad e inmigración interior y exterior, especialmente las que afectan a los refugiados, por parte de Estados miembros que actúan fuera de las competencias de las instituciones europeas en foros tales como Schengen, el Grupo TREVI y el Grupo ad hoc sobre Inmigración, puedan violar las Convenciones y principios democráticos antes mencionados.

Entre dichos Convenios aparecen mencionadas: la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y el Protocolo adicional de 1967, en especial los artículos 31, 33 y 35, el Estatuto del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, artículo 8. Y en especial, el Preámbulo del Tratado de la CEE y el Acta Única Europea, en sus artículos 5 y 229.

28 Párrafos séptimo a noveno de la Resolución del Parlamento Europeo de 14 de junio de 1990, sobre el Acuerdo de Schengen y el Convenio relativo al derecho de asilo y al estatuto de los refugiados del Grupo ad hoc sobre inmigración, (DOCE n° C 175, 16.7.90, pp. 170-172).

El mismo Parlamento Europeo subraya este carácter ajeno al marco jurídico comunitario a lo largo de la Resolución en frases tales como las del párrafo séptimo y que declara:

Visto el Convenio mencionado, así como un segundo proyecto de convenio sobre todos los aspectos relativos a los controles de personas en las fronteras exteriores, elaborado

por el Grupo ad hoc sobre inmigración que funciona en el marco del Derecho Internacional y, en consecuencia fuera del marco comunitario...

O, aún con más claridad si cabe, en el párrafo décimo, según el cual:

Vistas las mencionadas Resoluciones de 23 de noviembre de 1989 y de 15 de marzo de 1990, en las que se pide total transparencia en el trabajo de los distintos organismos intergubernamentales compuestos por algunos o por la totalidad de los Estados miembros, pero que funcionan con arreglo al Derecho internacional y no a la legislación comunitaria.

29 Este término es utilizado por BOLTEN, J.J., en su trabajo "From Schengen to Dublin", *Netherlands Juristenblad* 66, 1991, pp. 165-178, como el ámbito de los países Schengen, que a su vez toma de la revista *Newsweek*, de fecha 2 de julio de 1990.

30 MIGUEL ZARAGOZA, J. de, "La Cooperación Judicial en los Pactos de Schengen", *Noticias/CEE* 90, julio de 1992, pp. 73-82. El mismo trabajo en: Suplemento al *Boletín Oficial del Ministerio de Justicia* n° 1676, 5 de julio de 1993, pp. 5-19, especialmente la p. 6; considera que ambos pactos poseen una naturaleza interestatal clásica y sin carácter comunitario. Dichas afirmaciones se fundamentan en los siguientes motivos: su adopción en una conferencia intergubernamental, sin intervención de las instancias comunitarias; la ausencia de procedimientos de revisión de carácter comunitario; la posibilidad de adhesión de nuevos miembros; la determinación de depositario del Ducado de Luxemburgo y no de las Comunidades y la falta de competencia del Tribunal de Justicia para su interpretación.

31 Resolución del Parlamento Europeo de 14 de junio de 1990, sobre el Acuerdo de Schengen y el Convenio relativo al derecho de asilo y al estatuto de los refugiados del Grupo ad hoc sobre inmigración, anteriormente citada, vd. supra nota 28.

32 Punto 3 de la Resolución sobre la iniciativa para entablar conversaciones en el ámbito comunitario, bajo los auspicios del Consejo para la configuración de una política europea común en materia de refugiados de 9 de octubre de 1986, vd. supra nota 24.

33 MELANDER, G., *Refugees in Orbit*, Ginebra: University Exchange Fund, 1978, en la p. 3 define el concepto de refugiado en órbita en los siguientes términos:

...the situation of persons who, although they have been placed in immediate jeopardy by being rejected at the frontier or otherwise sent back to the country where they are liable to persecution, are not granted asylum, still less refugee status, in any country in which they make an application for asylum. As a result they are shoved to one country after another in a constant quest for asylum.

34 Punto 1,h) de la Resolución sobre los problemas del derecho de asilo de 12 de marzo de 1987, vd. supra nota 25.

35 Decisión n° 91-294 de 25 julio de 1991 del Consejo constitucional de Francia. *Vd. supra nota 23.*

36 Artículo 32 del Convenio de Aplicación de Schengen, cuyo contenido es el siguiente:

La Parte Contratante responsable del examen de la solicitud de asilo lo llevará a cabo con arreglo a su Derecho nacional.

37 Artículo 3.1 del Convenio de Dublín.

38 Artículo 29.1 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen.

39 En este sentido se pronuncia BOLTEN, J.J., *op. cit.*, p. 173, punto 29.

40 Hay que tener en cuenta que el artículo 29.2 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen dispone:

Este compromiso no obligará a una Parte Contratante a autorizar en todos los casos la entrada o estancia del solicitante de asilo en su territorio.

de 29 de marzo de 1985, sigan manteniendo el sistema de la doble figura, careciendo de utilidad práctica para la protección de las personas que se encuentren perseguidas.

64 El actual artículo 5.1 de la Ley 5/1984 únicamente hace mención en los siguientes términos:

Solicitado el asilo por cualquier extranjero no podrá ser expulsado sin que se haya resuelto su petición...

65 El Real Decreto 1521/1991, de 11 de octubre (BOE de 26 de octubre), crea las Oficinas de Extranjeros, y en su artículo 3º determina las competencias de dichas Oficinas. Entre otras, figuran en su letra d) las siguientes:

3º Las Oficinas de Extranjeros ejercerán en el ámbito provincial las siguientes funciones:

d) La información a los interesados y la recepción, en su caso, de las solicitudes de asilo y refugio, así como la notificación a los mismos de las resoluciones adoptadas por los órganos competentes.

66 Artículo 5.7 párrafo primero.

67 Enmienda nº 52 al Proyecto de Modificación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo. BOCG (Congreso de los Diputados) de 11 de febrero de 1993.

68 Enmienda nº 53 presentada por el Grupo Socialista al Proyecto de Ley de Modificación a la Ley 5/1984 reguladora del derecho de asilo y condición de refugiado. BOCG (Congreso de los Diputados) de 11 de febrero de 1993.

69 Sobre el alcance de la Convención de la OUA y especialmente sobre el concepto de refugiado en dicha Convención puede verse: HOFMANN, R., op. cit., pp. 318-333. Donde aparece el citado artículo 1(2) de la Convención de la OUA en la nota 19.

Sobre el concepto de refugiado puede verse: MARIÑO FERNÁNDEZ, F.M., "El concepto de refugiado en un contexto de Derecho Internacional general", *Revista Española de Derecho Internacional* XXXV, 1983, pp. 337-369. WIERZBICKI, B.,

"Political asylum in International Law", *Revue hellénique de Droit international*, 38ème. et 39ème années, 1985-1986, pp. 11-19. SCHNYDER, F., "Les aspects juridiques actuels du problème du réfugiés", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* 114, 1965, pp. 340-450.

70 Punto 1,g) de la Resolución.

71 DOCE nºC 176 de 14.7.86, p. 80.

72 Véase la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 1992, *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia* 1992, nº 3677. Pueden verse otras en mismo sentido, como la de 28 de septiembre de 1988, *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia* 1988, nº 6945; y de 4 de marzo de 1989, *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia* 1989, nº 1770.

73 Véase la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 1992, *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia* 1992, nº 4729.

74 BOCG (Congreso de los Diputados) de 11, 15 y 26 de febrero de 1993.

75 Véanse los BOCG de 26 de febrero de 1993 (Congreso) y de 17 de marzo de 1993 (Senado).

76 *Série A*, nº 201. Esta resolución puede encontrarse comentada en el *Journal de Droit International* 119, 1992, pp. 783 y 784, por TAVERNIER, P.

77 *Série A*, nº 215. Comentada por TAVERNIER, P., en el *Journal de Droit International* 119, 1992, pp. 801-803.

78 Véase el párrafo 108 de la sentencia.

79 Véase BOLTEN, J.J., op. cit., p. 178.

80 Véase HAILBRONNER, K., op. cit., pp. 925 y 926.

81 Artículo 134 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen.

82 Sobre estas cuestiones puede verse el análisis realizado por ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. "El Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen y el Convenio de Dublín: una aproximación al asilo desde la perspectiva comunitaria", *Revista de Instituciones Europeas* 20, 1993, pp. 88-92.