

# ALGUNAS CUESTIONES ACERCA DEL DERECHO DE ASILO Y REFUGIO (Análisis jurisprudencial y perspectivas de desarrollo legislativo)

**Juan Miguel Ortega Terol\***

Profesor Asociado de Derecho Internacional Público,  
Universidad de Castilla-La Mancha

## I. INTRODUCCION<sup>1</sup>

La regulación en materia de refugiados contiene una alta carga de discrecionalidad, de suyo natural en un contexto internacional donde los Estados son poco proclives a compromisos claros, y que en el plano interno se traduce, principalmente, en la utilización de numerosos conceptos jurídicos indeterminados, permitiendo generosos márgenes de apreciación a las autoridades administrativas y judiciales, a las que corresponde su aplicación. El hecho de que venga referida a una materia con claras implicaciones ético-humanitarias hace necesario que se preste, en su interpretación, una especial atención al espíritu y los objetivos de la institución que se pretende regular, así como de la realidad social que lo rodea<sup>2</sup>.

De ahí la conveniencia de señalar, en este trabajo, algunas notas destacadas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la materia, y de analizar hasta qué punto contribuyen a paliar las lagunas y defectos señalados. Junto a ello, se hace preciso en el momento actual examinar las perspectivas de desarrollo de una normativa que parece dirigirse, en el ámbito europeo, a restringir la entrada en Estados donde venían exis-

\* El autor desea manifestar su agradecimiento al profesor Antonio Fernández Tomás, Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad de Castilla-La Mancha, por los valiosos consejos e inestimable apoyo prestados durante la realización del presente trabajo.

<sup>1</sup> La bibliografía sobre el derecho de asilo en general es abundante. Entre ella, cabe destacar: G. S. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law*, Clarendon Press, Oxford, 1989; D. López Garrido, *El derecho de asilo*, Ed. Trotta-Instituto Nacional de Servicios Sociales, 1991; varios autores, *La Reconnaissance de la qualité de réfugié et l'octroi de l'asile*, Ed. Bruylant-Ed. de l'Université de Bruxelles; varios autores (dirigido por D. Turpin), *Immigrés et réfugiés dans les démocraties occidentales. Défis et solutions*, Economica, P. U. d'Aix-Marseille.

<sup>2</sup> Y. Saito, «Les droits des réfugiés», en *Droit International. Bilan et perspectives*, tomo II, París, Ed. A. Pedone, 1991, p. 1201.

tiendo procedimientos flexibles y, podría decirse, generosos<sup>3</sup>. Más concretamente, nos centraremos en la influencia que esta tendencia puede tener en nuestro entorno más próximo, en nuestro país<sup>4</sup>.

## II. ASILO Y REFUGIO EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y EN LA CONSTITUCION ESPAÑOLA

Siguiendo a la doctrina<sup>5</sup>, se pueden observar varias notas características de esta figura en el Derecho internacional. En primer lugar, destaca como elemento fundamental la «persecución», de que debe ser objeto el solicitante. En segundo lugar, llama la atención que la persona perseguida tiene el derecho a buscar asilo, pero no de recibirlo. En ninguna regulación se encuentra una obligación de los Estados a otorgarlo. El derecho de asilo se configura así como una facultad discrecional del Estado, encuadrada en el marco de su soberanía.

Los variados esfuerzos de la cooperación internacional en este ámbito cristalizan en 1951 con el Convenio sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Ginebra<sup>6</sup>. Ya en su Preámbulo determina que «*la concesión del asilo puede resultar excesivamente onerosa para ciertos países*», y establece la figura del refugio temporal, temporal, cabe entender, como más inocua para los intereses de los Estados. El derecho de asilo seguirá así dependiendo de la graciosa concesión soberana del Estado, prácticamente sujeto a una sola obligación: la del *non-refoulement*, consis-

<sup>3</sup> Provocado por el objetivo de la libre circulación de personas en el interior de la Comunidad Europea, se ha dado un giro en la regulación interna del derecho de asilo de algunos de los Estados miembros, que incluso ha sido objeto de una fuerte contestación social. Sirvan a modo de ejemplo la reforma del artículo 16 de la Ley Fundamental de Bonn, cuya aprobación requirió la intervención de las fuerzas de seguridad; la crisis que se ha planteado en Portugal por la intervención del Presidente en parecida reforma legislativa, o, por último, la gran presión social ante similares intentos en la reforma de la legislación de extranjería en Francia.

<sup>4</sup> El Consejo de Ministros, con fecha de 6 de noviembre de 1992, aprobó el proyecto de Ley para la reforma de la Ley 5/1984, reguladora del asilo y de la condición de refugiado. Esta iniciativa legislativa, que fue remitida a Cortes y, todavía, objeto de discusión parlamentaria (BOCG, serie A, n.ºs 112 y 244, de 11 de febrero de 1993), quedó caducada con la pasada convocatoria electoral.

<sup>5</sup> Además de los estudios citados al inicio de este trabajo, cabe citar: F. M. Mariño Menéndez, «El concepto de refugiado en un contexto de Derecho Internacional General», *REDI*, vol. XXXV, n.º 2, 1983, pp. 337-369. Algunas notas pueden encontrarse, asimismo, en J. de Lucas Martín, «Del telón de acero a las líneas de sombra (Las minorías étnicas, el refugio y el asilo en Europa)», *Tiempo de Paz*, n.º 26, 1993, pp. 64-66. Finalmente, sin ánimo de exhaustividad, pueden extraerse datos de consideración, desde una certera perspectiva iusinternacionalista, del trabajo del profesor P. A. Fernández Sánchez, *The Belize refugees Act of 1991 in the light of International Law*, 1991, UNCHR, Office for Belize.

<sup>6</sup> Como es sabido, el Convenio de Ginebra surge para dar respuesta a las distintas situaciones que habían sido generadas por la Segunda Guerra Mundial, existiendo restricciones espaciales y temporales en su aplicación. Estas se atenuaron con el Protocolo firmado en Nueva York en 1967.

tente, casi exclusivamente, en no rechazar a quien busca refugio a las fronteras del Estado perseguidor.

La práctica muestra que los Estados son conscientes de la potencial amenaza que, para su propia seguridad, supondría un flujo masivo de personas. Se acepta esa mínima obligación. De ahí, el Derecho internacional, lejos de otorgar un derecho subjetivo individual, ofrece a los que huyen de la persecución tan sólo esa mínima garantía, que ha podido ser calificada de... «medio» derecho (o menos)<sup>7</sup>.

Esta sería la situación jurídica si no fuera porque el constante desarrollo de los derechos y su plasmación constitucional han supuesto un balance de valores cuyo corolario ha sido limitar la idea de soberanía absoluta del Estado<sup>8</sup>, en lo que se ha denominado proceso de «constitucionalización»<sup>9</sup> del derecho de asilo.

En esa línea, el artículo 3.4 de la Constitución<sup>10</sup> es del siguiente tenor: «La ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España.» En ejecución de este precepto se promulgó la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado<sup>11</sup>. Respecto a la misma, hay que resaltar, de entrada, que la exposición de motivos de la Ley, cuando afirma que «la protección primaria y esencial consiste en no devolver a la persona al Estado perseguidor» (*non-refoulement*), parece dar a entender la existencia de una protección «secundaria», más incisiva. Partiendo de ello, podría pensarse que tan sólo una diferencia de grado separa el refugio y el asilo. A pesar de ello, la Ley, y

<sup>7</sup> Henkin lo aprecia de la siguiente forma: «... under the Declaration, however, a person has only a right to seek asylum, and enjoy it if granted; he (she) does not have a right to receive asylum; there is no obligation on any State to grant it. *International law, then, affords the refugee half a right (or less)*». L. Henkin, «International Law: politics, values and functions», *Recueil des Cours*, tomo 216, Academia de Derecho Internacional de La Haya, 1989, p. 240.

<sup>8</sup> O. Schachter, «Human Dignity as a Normative Concept», *American Journal of International Law*, vol. 77, n.º 4, octubre 1983, pp. 848-854; A. Bleckman, «The subjective right in Public International Law», *German Yearbook of International Law*, vol. 28, 1985, pp. 144 y ss. También resulta sugerente la tesis mantenida por Giorgio Agambem, para quien el de refugiado es un concepto-límite que provoca la crisis radical de los principios del Estado-nación; «Más allá de los derechos del hombre», *El País*, 15 de julio de 1993.

<sup>9</sup> D. López Garrido, *op. cit.*, p. 16. La tesis de la *constitucionalización* del derecho de asilo es el eje central de la obra citada; empero, es necesario subrayar la aproximación que, desde la perspectiva del Derecho constitucional comparado, hace el profesor López Garrido; ver *ibid.*, pp. 127 y ss.

<sup>10</sup> Desde una perspectiva constitucional, es interesante el trabajo del profesor García Macho, «El derecho de asilo y del refugiado en la Constitución española», en el *Libro homenaje al profesor García de Enterría*, Ed. Civitas, pp. 766 y ss.

<sup>11</sup> Sobre el desarrollo normativo del artículo 13.4 CE, en primer lugar, con anterioridad a la promulgación de la Ley 5/84, existe un trabajo del profesor Mariño Menéndez, «Algunas observaciones sobre la futura ley de asilo española», *Revista de Estudios Internacionales*, vol. 2, n.º 4, 1981, pp. 955 y ss. Con posterioridad, es destacable el de M. L. Espada Ramos y M. Moya Escudero, «La ley reguladora de asilo y condición de refugiado de 26 de marzo de 1984. ¿Nacionalismo o internacionalismo?», *Revista de Estudios Internacionales*, vol. 6, n.º 1, 1985.

el reglamento que la desarrolla<sup>12</sup>, intentan establecer regulaciones diferentes para uno y otro, consiguiendo crear una cierta confusión conceptual en la jurisprudencia.

Por otra parte, la vía de recurso elegida para el control de las resoluciones de la solicitud de refugio o asilo es la de la Ley 62/78, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales<sup>13</sup>. A pesar de apreciarse una cierta provisionalidad en esta elección, tal vez se pudiera observar que el refugio, como expresión, aunque sea limitada, del derecho de asilo, se encuentra bordeando, al menos, los límites del terreno propio de los derechos fundamentales; el recurso a esa vía de procedimiento parece indicarlo en alguna medida<sup>14</sup>.

### III. EL CONTROL JURISDICCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO. DISCRECIONALIDAD Y CONCEPTOS JURIDICOS INDETERMINADOS EN LA LEY 5/1984: ESTUDIO JURISPRUDENCIAL<sup>15</sup>

La doctrina ha resaltado cómo, en la normativa española sobre extranjería, existe un amplio margen de discrecionalidad, para «facilitar», hipotéticamente, la labor de la Administración<sup>16</sup>. Por supuesto, la regulación del asilo no es ajena a este fenómeno, y así lo observó el Tribunal Supremo:

<sup>12</sup> Decreto 511/1985, de 20 de febrero, *BOE* 19 de abril de 1985.

<sup>13</sup> El artículo 24 de la Ley 5/84 dispone que «*las decisiones del Ministerio del Interior sobre el reconocimiento o la denegación de la condición de refugiado ponen fin a la vía administrativa y son recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa por el procedimiento previsto en la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales*». Asimismo, habría de tenerse en cuenta la Disposición transitoria 1.ª de la misma, según la cual «*en tanto no sean promulgadas las normas reguladoras del amparo judicial, el procedimiento que se contiene en el artículo 21 se desarrollará según la Ley 62/1978, de 28 de diciembre*».

<sup>14</sup> En este sentido, el profesor López Garrido opina, decididamente, que la opción por la vía de protección jurisdiccional de los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas fue debida a que el legislador «*entendió que la vía rápida y adecuada de preservar un derecho fundamental como el del asilo era, precisamente, la pensada para salvaguardar otros derechos fundamentales y libertades públicas de la Constitución Española*». López Garrido, *op. cit.*, p. 174.

<sup>15</sup> Sobre el control de las potestades discrecionales de la Administración y conceptos jurídicos indeterminados, entre otros: E. García de Enterría y T. R. Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, 4.ª ed., tomo I, Ed. Civitas, pp. 429 y ss.; E. García de Enterría, *La lucha contra las inmunidades del poder*, 3.ª ed., Cuadernos Civitas; T. R. Fernández, *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Cuadernos Civitas, 1991; J. A. Santamaría Pastor, *Principios de Derecho Administrativo*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, pp. 361 y ss.

<sup>16</sup> J. J. Olivares d'Angelo, «*Algunas observaciones sobre la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo acerca de la condición jurídica del extranjero*», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XXXVI, n.º 1, 1984; E. Sagarra i Trías, *Los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas de los extranjeros en España. Protección jurisdiccional y garantías*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1991; A. J. Villagómez, «*Control judicial de actos administrativos afectantes a situaciones de los extranjeros*», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 49, 1986.

*«... [En] el asilo [como] protección graciable que dispensa el Estado..., se reconoce un área de discrecionalidad, mas no de arbitrariedad y siempre existe el control judicial sobre el uso de dichas facultades»<sup>17</sup>.*

Nos encontramos, pues, con una situación en la que la ley no determina todas y cada una de las condiciones del ejercicio de la potestad, sino que remite a la estimación subjetiva de algunas condiciones. Junto a ello se observa en la Ley 5/1984 la existencia de lo que se ha dado en llamar conceptos jurídicos indeterminados. Nuevamente en palabras del Tribunal: *«Aparecen [refiriéndose la definición de refugiado] un conjunto de conceptos jurídicos más o menos indeterminados que en cuanto tales caracterizan un supuesto reglado»<sup>18</sup>.*

La ley en esta ocasión se refiere a una esfera de la realidad cuyos límites no aparecen bien precisados, realidades que no admiten una determinación rigurosa. Ahora bien, la imprecisión de los límites no permite el uso de una libre decisión de la voluntad por parte de la Administración. Los conceptos jurídicos indeterminados y, por supuesto, la discrecionalidad se hallan sujetos a un examen jurisdiccional, y la Administración tiene en todo momento la obligación de motivar lo que hace, por qué lo hace y cómo lo hace. El Supremo lo ve de la siguiente forma: *«... la función de esta Jurisdicción a través del denominado recurso contencioso-administrativo es mucho más amplia que la de una revisión meramente jurídica de unos hechos ya fijados definitivamente por la Administración..., que permite inferir que durante la 1.ª Instancia el Tribunal que conoce del recurso contencioso-administrativo pueda entrar no sólo en valoraciones jurídicas de la Administración sino también en la determinación de los hechos que aquélla realizó»<sup>19</sup>.*

Con todo, es especialmente significativa la Sentencia de 29 de noviembre de 1985, Sala 3<sup>20</sup>, ya que no solamente se centra en el análisis de los conceptos jurídicos indeterminados, sino que llena el vacío provocado por el artículo 21.3 de la Ley 5/84, que parecía limitar las resoluciones administrativas con posibilidad de ser revisadas jurisdiccionalmente. En su Fundamento 2 dice lo siguiente: *«Por consiguiente el primer punto a tratar es el de si el acto impugnado, por resolver una petición "graciable" conforme al artículo 2 de la Ley 5/84 citada, es revisable en vía jurisdiccional dada esa naturaleza..., ha de tenerse presente la reciente corriente jurisprudencial contraria al mantenimiento de actos o zonas inmunes al control jurisdiccional de acuerdo con la amplitud que expresa el artículo 106.1 de la Constitución... y por tanto ha de concluirse estimando que no están excluidos de la revisión jurisdiccional los actos que nos ocupan y que la mención expresa de esta vía por el cauce procesal que regula la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y liberta-*

<sup>17</sup> STS, Sala 3, Sección 2, de 4 de marzo de 1989, Fundamento 2 (ref. Ar. 1770).

<sup>18</sup> STS, Sala 4, de 29 de enero de 1988, Fundamento 4 (ref. Ar. 514).

<sup>19</sup> STS, Sala 3, Sección 9, de 7 de junio de 1990, Fundamento 2 (ref. Ar. 4773).

<sup>20</sup> Ref. Ar. 5603.

*des públicas, que hace del apartado 3 del artículo 21<sup>21</sup> indicado para la impugnación de las resoluciones del Ministerio del Interior no admitiendo a trámite las peticiones de asilo y las de gobierno que revoquen el asilo concedido, no tiene otro alcance que el señalar un procedimiento a seguir, más rápido y expeditivo para impugnar esos actos en cualquier caso, ante la gravedad que pueden implicar esas decisiones de la Administración para el solicitante de asilo y para el que lo tenía concedido, pero nunca ha de servir como punto del que deducir "a sensu contrario" que en los supuestos de los apartados 1 y 2 del propio artículo<sup>22</sup> no cabe el recurso contencioso-administrativo.»*

Uno de los problemas planteados en el estudio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de refugio y asilo es el de la confusión en el uso de ambos conceptos, entremezclando continuamente las referencias a ambos estatutos. Para situar las cosas correctamente, habría que distinguir entre asilo y refugio, en relación con la cuestión objeto de análisis. La Ley 5/1984 y la jurisprudencia, se ha podido observar, mantienen en todo momento la concepción clásica del derecho de asilo como «*protección graciable dispensada por el Estado, en el ejercicio de su soberanía*». Nos encontramos, pues, con un elemento que destila discrecionalidad. Ello no obstante, no hay que confundir discrecionalidad con arbitrariedad. La discrecionalidad no implica total ausencia de control; lo garantiza el artículo 9.3 de la Constitución, reconociendo el principio de interdicción de la arbitrariedad<sup>23</sup>. La apreciación subjetiva de algunas de las condiciones del ejercicio de una potestad no puede, en un Estado de Derecho, predicarse globalmente de la potestad. Existen una serie de elementos susceptibles de control, como son la motivación objetiva del acto que se pretende impugnar y la finalidad del mismo. Así lo ve el Tribunal:

*«[El derecho de asilo se configura como un] derecho de protección graciable dispensada por el Estado, en el ejercicio de su soberanía, solamente revisable en la vía jurisdiccional para confrontar si la*

<sup>21</sup> El tenor literal del artículo 21.3 es el siguiente: «*Las resoluciones del Ministerio del Interior no admitiendo a trámite las peticiones de asilo, y las del Gobierno que revoquen el asilo previamente concedido, serán recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa, ajustándose, en cuanto a su interposición y procedimiento, a lo previsto en las normas que regulan la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y las libertades públicas.*»

<sup>22</sup> Estos dos apartados dicen lo siguiente: «*1. Contra las resoluciones del Ministerio del Interior cabe interponer recurso de alzada ante el Consejo de Ministros. 2. Contra las resoluciones del Consejo de Ministros podrá interponerse un recurso de súplica ante el mismo.*»

<sup>23</sup> Deben comprenderse en este punto, dentro de los parámetros constitucionales para una protección jurisdiccional de los derechos frente a la actuación administrativa, el artículo 106 de la Constitución y el artículo 24, que reconoce, respectivamente, el principio del control judicial de la actuación administrativa y el derecho fundamental a disponer de una tutela jurisdiccional efectiva, reconocido, de igual forma, ampliamente a nivel internacional (art. 8 de la Declaración Universal, art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 6 y 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos; también en este sentido, art. 2 del Protocolo n.º 7).

*decisión adoptada se ha producido con racionalidad y objetividad en concordancia con la finalidad perseguida por la norma, toda vez que la decisión discrecional ha de estar presidida por criterios extrajurídicos de oportunidad o de conveniencia que la ley no predetermina, debe venir respaldada y justificada con los datos objetivos sobre los que se opera y tan sólo debe ser sustituida cuando conste de manera cierta y convincente la incongruencia o discordancia de la solución elegida con la realidad fáctica a la que se aplica o desviada del fundamento teleológico de la norma que la atribuye»<sup>24</sup>.*

Sin embargo, existen una serie de elementos reglados en toda potestad que siempre pueden ser controlados; éste es el caso de las condiciones para la solicitud del asilo, que en muchos aspectos básicos coinciden con las requeridas para el refugio, lo cual podría explicar algunas confusiones del Tribunal. En suma, existiría en torno al otorgamiento del asilo un halo de incertidumbre cuya evacuación por el Gobierno habrá de ser convenientemente motivada; no obstante, estará probablemente condicionada por consideraciones de política interna, facilitadas por la existencia de conceptos jurídicos indeterminados tales como el «orden público» y la «seguridad interior y exterior del Estado», presentes en la Ley.

Ahora bien, cuando la Ley dice, de acuerdo con el Convenio de Ginebra de 1951, que se reconocerá la condición de refugiado a quien, entre otros requisitos, tenga «*temores fundados de ser perseguido*», sólo cabe una solución: la resultante de examinar la existencia o inexistencia de esos «*temores fundados*». La determinación de un concepto jurídico indeterminado nunca es un proceso volitivo, sino un proceso de aplicación e interpretación, de subsunción en categorías de un supuesto dado. No hay en el refugio, por tanto, a diferencia de lo que sucede con el asilo, discrecionalidad alguna. Para reconocer la condición de refugiado se necesitará cumplir una serie de requisitos, los cuales, en mayor o menor medida, pueden ser indeterminados, pero la valoración de los mismos no implicará en ningún momento una libre decisión.

No escapa esta distinción al Tribunal cuando, a pesar de emplear indistintamente en ocasiones los términos asilo y refugio, siempre se inclina por el último, cuya determinación es menos complicada. Quizá pudiera entenderse con ello que el Alto Tribunal, conociendo el distinto alcance de ambas figuras, opta por una ampliación de las condiciones bajo las cuales se obtiene uno u otro estatuto. Es más, a modo de conclusión previa, parece que el órgano jurisdiccional únicamente emplea el concepto utilizado por la Ley 5/84 para el derecho de asilo, el cual, incluyendo el mismo supuesto de hecho utilizado para determinar la condición de refugiado, tiene mayor amplitud, si bien cuando se estima la pretensión del recurrente se hace generalmente bajo el estatuto de refugiado, que, a todas luces, resulta menos oneroso. No obstante, se

<sup>24</sup> STS, Sala 3, Sección 6, de 10 de diciembre de 1991 (ref. Ar. 9206).

aseguraría el mínimo del *non-refoulement* a quienes cumplieren las condiciones establecidas en el artículo 3 de la Ley española. Lo anterior explicaría las apreciaciones confusas referidas a los dos estatutos, pudiéndose entender con ello que el Tribunal aprecia con cierta «sensibilidad» la situación de las personas en busca de protección ante un país extranjero y, al mismo tiempo, consideraría las facultades otorgadas con la condición de asilado como una potestad dispositiva del Estado, aunque de extensión limitada.

#### IV. LA INCIDENCIA DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE EL CONCEPTO DE ASILADO Y REFUGIADO

##### 1. EL CONCEPTO LEGAL DE ASILADO Y REFUGIADO

La Ley 5/84 no plantea problemas sobre un posible conflicto, acerca del concepto, con el Convenio de Ginebra, pues, como aquélla indica en su artículo 22.1, acoge plenamente el concepto establecido en el último. Es más, parece acertado el hecho de posibilitar la ampliación del concepto en el supuesto de ser ratificado por España cualquier acuerdo conteniendo uno más amplio. Así, pues, podemos considerar como refugiado a aquella persona que

*«... debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país...».*

Por otra parte, hay que señalar la ausencia de textos internacionales que nos sirvan para establecer los requisitos necesarios para determinar la condición, en sentido estricto, de asilado, constituyendo la definición internacional de refugiado un mínimo a tener en cuenta. Pues bien, en el Derecho español, el artículo 3 de la Ley 5/1984 determina una serie de requisitos, más amplios que los contemplados en el estatuto internacional de refugiado, para pedir el asilo. Así, podrán solicitarlo las personas a quienes se hubiere reconocido la calidad de refugiado y, además, aquellos que sufran una persecución efectiva a consecuencia de un delito de tal naturaleza o que derive del ejercicio de un derecho fundamental reconocido en la Constitución española o de luchar contra los sistemas no democráticos de convivencia. También podrá otorgarse el asilo atendiendo a razones humanitarias.

## 2. EL CONCEPTO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Para el análisis aquí propuesto se toma como referencia la *cláusula de inclusión*<sup>25</sup> del artículo 3 de la Ley, que en un primer término introduce el concepto de refugiado y, con posterioridad, añade otros motivos que pueden dar lugar a la concesión del asilo. Puede ser útil, en este sentido, el examen individualizado de los diversos elementos que se encuentran en el citado artículo.

### 2.a) «Debido a fundados temores de ser perseguida»

Dos elementos se pueden distinguir en esta expresión: uno subjetivo (que exista un temor) y otro objetivo («*quiérese decir que serán precisas unas circunstancias objetivas, que evidencien la razonable probabilidad de sufrir una persecución*»<sup>26</sup>).

Respecto a los «temores», que son un elemento puramente subjetivo, entrañan necesariamente una valoración de la situación del refugiado, la jurisprudencia del Tribunal aporta la necesidad de «*estarse a las circunstancias personales y sociológicas concurrentes*»<sup>27</sup>. Varios ejemplos de esta clase de circunstancias encuentra el Tribunal en «*el dato objetivo de que en la nación de procedencia y residencia habituales sufren acontecimientos políticos y sociales que rebasan en mucho unas mínimas condiciones de normalidad*»<sup>28</sup>, o bien en «*la realidad de un régimen dictatorial que persigue a sus enemigos*»<sup>29</sup>. El análisis del contexto social, y personal, que el solicitante de refugio abandona en su país de origen es de decisiva influencia en el desarrollo del procedimiento para la concesión del asilo o, en su caso, el refugio. Esas circunstancias van a ser determinantes, entre otras cosas, del nivel de exigencia en la calidad, y cantidad, de las pruebas aportadas con finalidad de demostrar la concurrencia de las condiciones necesarias para el otorgamiento de alguna protección.

No es totalmente exacto, como ha apuntado el profesor López Garrido<sup>30</sup>, que las autoridades del Estado no tengan obligación de emitir juicios de valor sobre las condiciones del país de origen del demandante.

<sup>25</sup> Queda, pues, al margen la llamada cláusula de exclusión, esto es, aquellos supuestos de hecho que, cualesquiera que sean las circunstancias concurrentes en el solicitante, impiden la concesión del estatuto de refugiado o del asilo (art. 3.4 Ley 5/84), por su escaso tratamiento en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Asimismo, aunque muy sugestivas, tampoco se contemplan algunas categorías incipientes, como es el caso del *refugiado ecológico*, que parece suscitar el interés de la Comisión de la Comunidad Europea; ver Informe del MPDL sobre el Seminario de la CSCE sobre la dimensión humana de las migraciones, incluyendo a los refugiados y a las personas desplazadas, ejemplar mimeografiado, p. 8.

<sup>26</sup> STS de 29 de enero de 1988 (ref. Ar. 514).

<sup>27</sup> STS de 28 de septiembre de 1988 (ref. Ar. 6945).

<sup>28</sup> STS de 9 de mayo de 1988 (ref. Ar. 4074).

<sup>29</sup> STS de 6 de mayo de 1988 (ref. Ar. 4069).

<sup>30</sup> D. López Garrido, *op. cit.*, p. 62.

A la Administración se le requiere la motivación de sus decisiones, y no se explicaría una decisión en la cual no se enjuiciara, siquiera tangencialmente, esa situación, puesto que no tomaría en cuenta uno de los factores fundamentales que empujan a una persona a buscar refugio o asilo. Es cierto que no hay una obligación formal en ese sentido, pero forma parte necesaria de la secuencia lógica cuya consecuencia sería la decisión sobre el refugio o asilo. Por otra parte, flaco favor haría un abogado a su representado recurrente si no introdujese en el recurso referencia alguna a la situación existente en su lugar de origen.

El Tribunal introduce una matización en el momento de examinar la situación de la que había salido el demandante de la protección: las circunstancias determinantes del temor a ser perseguido han de ser actuales. Así, en situaciones de crisis en las cuales el cambio está orientado hacia el establecimiento de un sistema democrático, «*con participación plus-partidista*», no se da la existencia de circunstancias que pudieran provocar una persecución<sup>31</sup>. En todo caso, el Supremo exige una conexión personal entre el demandante y aquella situación crítica<sup>32</sup>, como lo demuestra el hecho de que, a pesar de la constatación ocasional de circunstancias «adversas», no siempre se estiman.

En cuanto a la «persecución», dada la complejidad de la expresión «*fundados temores de ser perseguida*», una decisión sobre la misma parece considerablemente aleatoria. Por tanto, en principio, bastaría con la mera probabilidad de darse aquella. Así lo estimó el Tribunal Supremo en su Sentencia de 29 de enero de 1983<sup>33</sup>. Sin embargo, no está de más efectuar una enumeración de los actos o situaciones, mencionados por nuestra jurisprudencia, que pueden dar lugar a un «temor fundado». Entre otros, el Tribunal ha estimado como tales: la detención y ajusticiamiento de un hermano, unido a ser sometido a acoso y presiones (STS 10-4-89)<sup>34</sup>; la muerte del padre y persecución de la familia (STS 6-5-88)<sup>35</sup>; la detención propia (STS 10-12-85)<sup>36</sup>, y la citación no motivada para comparecer ante un tribunal (STS 4-3-89)<sup>37</sup>.

## 2.b) «*Por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas*»

En la práctica, estos motivos se solapan unos con otros. Asimismo, es preciso señalar que el Tribunal no ha realizado una interpretación pormenorizada de estas categorías, no dando excesiva importancia a los motivos de la persecución, sino a la persecución misma. Sin duda, esto

<sup>31</sup> STS de 16 de enero de 1990 (ref. Ar. 76) y STS de 7 de junio de 1990 (ref. Ar. 4773).

<sup>32</sup> STS de 22 de enero de 1985 (ref. Ar. 240).

<sup>33</sup> Ref. Ar. 514.

<sup>34</sup> Ref. Ar. 2832.

<sup>35</sup> Ref. Ar. 4069.

<sup>36</sup> Ref. Ar. 6384.

<sup>37</sup> Ref. Ar. 1770.

resulta positivo. Cuando, por el contrario, el Tribunal Supremo entra detenidamente en los motivos de la supuesta persecución es debido a encontrarse con situaciones dudosas, y suele extraer conclusiones en un sentido negativo o excluyente, definiendo situaciones que no se pueden considerar razones de persecución.

En ese sentido, una de las circunstancias mencionadas negativamente es la referida a la objeción de conciencia al servicio militar, la cual podría considerarse incluida en los motivos de religión o de opiniones políticas<sup>38</sup>. Así, siquiera porque está referida a un supuesto de negativa a incorporarse al Ejército, se puede señalar la Sentencia de la Sala 4 de 29 de enero de 1988<sup>39</sup>, en la que el Tribunal consideró que

*«el temor del demandante [basado] en la posibilidad de sufrir las consecuencias desfavorables a derivar del hecho de no haberse incorporado al Ejército... están lejos de integrar las persecuciones específicas que según la Convención de Ginebra y el Protocolo de Nueva York justifican el reconocimiento de la condición de refugiado».*

Otra Sentencia que hace una aproximación detenida sobre los motivos de persecución es la de 7 de junio de 1990<sup>40</sup>, y se expresa en los siguientes términos:

*«Lo que se desprende de las comunicaciones, panfletos, informes, circulares... etc., unidas a los autos, es una clara discrepancia de la actora, y del colectivo docente a que pertenece frente a las Autoridades Académicas Chilenas, de la época dictatorial a que se refieren los hechos, en función de una denuncia de corrupción generalizada en materia de exámenes o de reclamaciones de reforma educacional, pero que se mueven en el campo de lo corporativo o administrativo, y que no acreditan una situación de persecución personal de la actora por los motivos de raza, religión, opiniones políticas... etc.»*

<sup>38</sup> En primer lugar, servicio militar y objeción, vistos desde el punto de vista del Estado, son cuestiones que van al corazón del cuerpo político. La negativa a llevar armas, motivadamente, refleja una opinión política esencialmente en relación con los límites de la autoridad estatal; es un acto político. Una ley en este sentido puede ser vista como una separación o discriminación contra aquellos que mantienen determinados puntos de vista políticos (Goodwin-Gill, *op. cit.*, p. 34; y también, sobre la misma cuestión, López Garrido, *op. cit.*, pp. 71-72). Se puede, además, observar que la objeción de conciencia al servicio militar está dotada de justificación ética y política (J. de Lucas, «Acerca de la reciente jurisprudencia sobre objeción de conciencia e insumisión», *Claves de Razón Práctica*, n.º 25, 1992). Pero, en segundo lugar, de no aceptar el razonamiento anterior, no podría desconocerse por el Tribunal que la objeción de conciencia está reconocida en el artículo 30.2 de la Constitución y, por tanto, sería posible una interpretación del supuesto encajándolo en el artículo 3 de la Ley 5/1984, que prevé la posibilidad de solicitar asilo a aquellas personas que sufran persecución a consecuencia de un delito cometido con la finalidad de lograr el reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales protegidos en el derecho español o derivados del ejercicio de un derecho fundamental reconocido en la Constitución española.

<sup>39</sup> Ref. Ar. 514.

<sup>40</sup> Ref. Ar. 4773.

Parece criticable este pronunciamiento, pues basta con acreditar la posibilidad de la persecución, no la persecución misma, y también desde la perspectiva de las dudas razonables que pueden surgir sobre la capacidad de mantener, en el terreno de lo corporativo o administrativo, discrepancias del tipo señalado ante regímenes no demasiado dados a respetar los principios de un Estado de Derecho.

En otras ocasiones, la mayoría, el Tribunal se limita a constatar la existencia de dos situaciones enfrentadas entre sí, que podrían suponer el nacimiento del miedo a ser perseguido, incluyendo los motivos, pero sin un desarrollo exhaustivo. Este es el caso de la pertenencia a una organización opositora de cualquier tipo, aunque generalmente se trata de organizaciones de carácter político, confrontada con la realidad existente en el país de origen<sup>41</sup>. O bien mantener, públicamente, creencias o ideas distintas de las de una mayoría no muy dispuesta a aceptarlas<sup>42</sup>.

2.c) *«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»*

En una primera observación se puede señalar el primer inciso de este elemento: sólo es posible la concesión del asilo o del refugio a aquellas personas que no sean de nacionalidad española, y han de solicitarlo en territorio español, o en sus fronteras; ésta es la principal diferencia, por otra parte, con el asilo diplomático<sup>43</sup>. Si acaso, se puede recordar en este punto que la referencia al «país de su nacionalidad» debe ser sustituida, en el caso de los apátridas, por el «país de su residencia habitual».

Sin embargo, es posible hacer un estudio más detenido de la segunda cuestión. En primer lugar, nos encontramos con dos elementos no exactamente iguales: uno con claro contenido volitivo, rehusar la protección de las autoridades propias a causa del miedo a ser perseguido, y otro, atendiendo a las circunstancias existentes en el país de origen, basado en la imposibilidad de acogerse a esa protección. En cualquier caso, ambas mantienen una relación con la situación existente en el país del que se sale. Así, en segundo término, el Alto Tribunal entiende que *«baste decir que no se quiere regresar a él [por el país de origen o de residencia habitual, según el caso] cuando esta manifestación viene acompañada de notorios hechos que ocurren en su país de origen»*<sup>44</sup>. El examen, entonces, nuevamente ha de recaer sobre una serie de circuns-

<sup>41</sup> Un ejemplo puede ser la STS, Sala 4, de 10 de diciembre de 1985 (ref. Ar. 6384).

<sup>42</sup> Es el caso de la STS de 5 de marzo de 1990 (ref. Ar. 1861), referida a un supuesto en el que resulta acreditado que el recurrente profesa una religión distinta a la dominante.

<sup>43</sup> Notar aquí la situación del llamado *internal flight*, cuando las autoridades no pueden asegurar la protección de la población dentro de determinadas zonas de su territorio pero sí en otras. En ese supuesto, no cabe la posibilidad del asilo.

<sup>44</sup> STS de 9 de mayo de 1988 (ref. Ar. 4074).

tancias objetivas, las cuales, en la parte positiva, básicamente, coinciden con aquellas que el Tribunal consideraba como situaciones cuya concurrencia podía dar lugar a «temores fundados». Ahora bien, en la parte negativa, el Tribunal ha construido una suerte de armazón de circunstancias o situaciones que determinan la inexistencia de esa imposibilidad o constituyen un reflejo de querer seguir manteniendo la protección del país de origen. A esto se refiere el Supremo cuando establece que el solicitante de asilo o refugio debe desvirtuar «una serie de circunstancias contradictorias... que pueden llevar a una presunción contraria a lo interesado por el solicitante de refugio»<sup>45</sup>. Esta construcción se ha hecho sobre la base de las afirmaciones establecidas en los distintos expedientes administrativos, si bien se puede decir que, afortunadamente, el Tribunal no ha aceptado todas las apreciaciones sobre este extremo.

Especial interés presenta el análisis jurisprudencial de tres «circunstancias contradictorias»<sup>46</sup>:

1) La falta de presentación inmediata al entrar en España, o, si se prefiere, la demora en solicitar el asilo<sup>47</sup>. Estamos ante lo que el Tribunal ha llamado principio de inmediatividad. Se ha señalado que el plazo fijado por la ley es importante, y no sólo un requisito formal, pues es un indicio determinante de la urgencia de la situación. Sin embargo, se podría observar que, si bien la inmediación en la solicitud es exigida con carácter general por la legislación, se debe tener en cuenta que el plazo ha de ser computado desde que el peticionario tenga, o le surjan, fundados temores de ser perseguido. «*El refugio tiene su razón de ser en una situación anímica difícilmente demostrable por ser una condición o situación eminentemente subjetiva que anida en el sujeto desde el momento en que contrae la fundada sospecha o convencimiento de la persecución*»<sup>48</sup>. Por tanto, es posible formular la petición estando

<sup>45</sup> STS de 9 de mayo de 1985 (ref. Ar. 2340).

<sup>46</sup> Aunque su análisis ha sido menos exhaustivo, es posible encontrar otras «circunstancias contradictorias», como pueden ser: la permanencia en su país durante un dilatado período tras la instauración del régimen del que pretendidamente se huye [STS 10-12-85 (ref. Ar. 6384)] y el paso por otro país también signatario de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 sin solicitar asilo [STS 18-7-89 (ref. Ar. 5392)]. Con respecto a la última cuestión, se pueden indicar los problemas planteados por los llamados, gráficamente, refugiados «en órbita», provocados por los intentos continuados de transferir al demandante de asilo de unos Estados a otros. Asimismo, contradicen la solicitud de asilo o refugio: la dilatada incomparecencia al ser citado. En este caso, estamos ante la presunción de precisarse la protección del Estado ante el cual se solicita el asilo o el refugio; tener garantizada la residencia en el país de origen sin temor a ser devuelto [STS 7-2-90 (ref. Ar. 995)] y la inexistencia de condena, por delitos relacionados con los motivos de persecución ya señalados, por los tribunales del país del que se huye [STS 4-12-87 (ref. Ar. 9385)]. Aunque ésta es la apreciación literal del Tribunal Supremo, parece suficiente el requerimiento de comparecer como acusado por tales delitos, habida cuenta de ser únicamente necesaria la posibilidad de persecución, y la condena supondría que la persecución es efectiva.

<sup>47</sup> Entre otras, STS de 22 de enero de 1985 (ref. Ar. 240) y STS de 19 de enero de 1988 (ref. Ar. 287).

<sup>48</sup> STS de 28 de septiembre de 1988 (ref. Ar. 6945).

legalmente en nuestro territorio, ya que el surgimiento de las condiciones determinantes del miedo, o la persecución misma, puede ser posterior a su entrada en nuestro país. Este puede ser el caso de quien, por ejemplo, haciendo turismo, viaje de negocios, etc., toma conocimiento de la persecución iniciada en su país de origen. Razonamiento extensible, entendemos, a otras circunstancias mencionadas anteriormente.

2) No haber constancia de pertenecer a ninguna organización política de oposición<sup>49</sup>. Constatábamos con anterioridad que la pertenencia a una organización opositora puede dar lugar a fundados temores a ser perseguido. Aquí la circunstancia es justamente la opuesta. Este criterio parece discutible en dos aspectos: por una parte, porque parece que no cabe admitir la persecución política por actividades individuales, sobre todo resulta más incongruente si se tiene en cuenta que el reconocimiento de la condición de refugiado se otorga individualmente y no de forma colectiva, y, por otra, se hace más extraño, como parece desprenderse de la STS de 10 de diciembre de 1991<sup>50</sup>, el requisito de no ser clandestina y que esté dotada, al menos, de una infraestructura apreciable. Entendemos pues, que la pertenencia a una organización opositora, de cualquier carácter y por incipiente que sea su formación, puede ser determinante del miedo a ser perseguido, pero la no pertenencia a ningún grupo organizado no supone lo contrario.

3) Haber salido de su país en vuelo regular y con pasaporte. Esta circunstancia ha sido ampliamente examinada en la jurisprudencia del Tribunal<sup>51</sup> y por la doctrina. No se trata de una cuestión autónoma bastante por sí sola para considerar que no estamos ante alguien que busca refugio<sup>52</sup>. El Supremo sigue en este punto la opinión vertida en el *Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado*, editado por la Oficina del Alto Comisariado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), en el que se dice que «la mera posesión del pasaporte no siempre puede considerarse como prueba de la lealtad del titular ni como indicio de su falta de temor. Cabe incluso que se haya expedido el pasaporte a una persona que sea indeseable en su país de origen, con el solo fin de asegurar su salida, y también pueden darse casos en que el pasaporte haya sido obtenido subrepticamente. En conclusión, pues, la mera aportación de un pasaporte válido no es obstáculo para obtener el Estatuto de refugiado».

#### 2.d) «Por razones humanitarias». Otros motivos

El primero de los elementos citados es lo suficientemente difuso para que la Administración goce de un margen de apreciación de

<sup>49</sup> STS de 21 de mayo de 1991 (ref. Ar. 5215) y Auto de 9 de julio de 1991 (ref. Ar. 5764).

<sup>50</sup> Ref. Ar. 9206.

<sup>51</sup> Valgan como ejemplo STS de 10 de diciembre de 1985 (ref. Ar. 6384) y STS de 9 de mayo de 1988 (ref. Ar. 9588).

<sup>52</sup> Muy claro al respecto es el Fundamento 2 de la última sentencia citada.

amplias proporciones. Apenas unas pocas ocasiones aparece la referencia a las «razones humanitarias» en la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>53</sup>. En la primera de ellas, afirma el Tribunal la necesidad de acreditar razones de tal índole que «revelaran unas circunstancias personales del solicitante de suficiente entidad cualitativa para estimar su pretensión por causas humanitarias distintas del mero deseo, que no es bastante para acogerse al estatuto del refugiado o de su asilado». El recurrente sólo acreditaba estar matriculado en una Escuela Oficial de Idiomas. La más reciente, por su parte, incide sobre la cuestión en términos muy similares. En todo caso, no aporta la jurisprudencia datos de suficiente entidad que permitan desentrañar el significado de esas razones. No obstante, dada la amplitud con que el Supremo aprecia los diversos motivos conformadores de la condición de refugiado, parece factible estimar que las *razones humanitarias* vienen a establecer una suerte de fórmula permisiva para la concesión de la protección estatal en supuestos que no reúnan los requisitos exigidos.

El artículo 3 de la Ley 5/84 acoge otras motivaciones como son el ser perseguidos por actos que pretendan el reconocimiento de derechos y libertades reconocidos en la Constitución o por la lucha contra regímenes no democráticos de convivencia. Apenas decir que, en tanto que valores asumidos constitucionalmente, no cabe interpretar estos motivos de forma diferente a los resultantes de una opinión política. En consecuencia, se pueden entender perfectamente reconducibles a situaciones donde la persecución es debida a la expresión de opiniones de ese tipo. No se trata, por tanto, más que de una concreción de aquellos otros motivos. Si acaso, podría plantearse qué se puede entender por esa «lucha» a que se refiere la Ley 5/84. Sin embargo, no se encuentran datos en nuestra jurisprudencia para desentrañar el significado de la citada expresión.

## V. LA PRUEBA DE LA CONDICION DE REFUGIADO<sup>54</sup>

Esta va a ser la fase más importante del proceso tendente a la decisión que afecte al asilo y el refugio, pues conlleva la determinación de la condición de refugiado<sup>55</sup>. Se ha señalado por la doctrina<sup>56</sup> la naturaleza declarativa del concepto de refugiado; de esta forma, se concede el esta-

<sup>53</sup> SSTS 16 de enero de 1990 (ref. Ar. 76), 21 de mayo de 1991 (ref. Ar. 5215) y 19 de noviembre de 1991 (ref. Ar. 8814).

<sup>54</sup> En este punto, es excelente el análisis efectuado por el profesor López Garrido, *op. cit.*, pp. 85 y ss.

<sup>55</sup> Este proceso ha sido llamado, de una forma muy expresiva, *elegibilidad*; ver J. A. Pérez Bevia, «La determinación del estatuto de refugiado», *Anuario de Derecho Internacional*, vol. IV, 1982, pp. 173 y ss.

<sup>56</sup> La opinión mayoritaria de la doctrina se inclina por la naturaleza declarativa del concepto de refugiado; así, entre otros: M. L. Espada Ramos y M. Moya Escudero, *op. cit.*, p. 102; Goodwin-Gill, *op. cit.*, p. 20; D. López Garrido, *op. cit.*, p. 103; F. Mariño Menéndez, *op. cit.*, p. 368; J. A. Pérez Bevia, *op. cit.*, p. 189.

tuto simplemente declarando que una persona determinada se encuentra en la situación que define el Convenio de Ginebra de 1951, la Ley 5/1984. Teniendo en cuenta la indeterminación de los términos empleados, la cuestión se plantea en determinar el tipo de prueba necesaria para asegurar que un pretendiente de tal condición reúne los requisitos necesarios. Este punto ha merecido una especial atención por parte del Tribunal Supremo, y ha dado como resultado una jurisprudencia consolidada en la cual se establece el carácter nada estricto y abierto de la prueba.

En el caso del refugio, el asunto reviste mayor dificultad debido a su planteamiento hipotético; se trata de adivinar si en un futuro se dará una persecución. Esto, unido a que en ambos casos, asilo y refugio, la situación dada generalmente, por su propia naturaleza, es crítica, en un entorno que impide recabar elementos de prueba que acrediten la condición pretendida, ha llevado al Tribunal, con base en el artículo 8 de la Ley 5/1984, a determinar que en esta materia, donde priman los criterios de solidaridad, hospitalidad y tolerancia, «*es vano, por la realidad de las cosas, pedir una acabada prueba de las condiciones en que el interesado se mueve cuando pide asilo o solicita la condición de refugiado*»<sup>57</sup>, lo que, por otra parte, sería imposible en la mayoría de los casos. El Alto Tribunal, parece que con acertado criterio, considera que únicamente es necesaria una prueba indiciaria que *prima facie* acredite la posibilidad, o la efectividad, de la persecución por los motivos ya explicados de quien solicita el asilo o el refugio<sup>58</sup>.

Esta construcción se muestra, teóricamente, muy amplia y plenamente garantista. El mayor problema planteado viene de establecer una diferencia entre «indicios» y «meras sospechas o conjeturas». La complicación está en delimitar cuáles son los supuestos que se pueden integrar como «indicios» y cuáles no; de ahí que la delimitación de ambos haya sido dubitativa, debido en parte a la práctica viciada, constatada por la doctrina procesalista<sup>59</sup>, de otorgar un valor probatorio exagerado al expediente administrativo, seguramente por influencia de la concepción del derecho de asilo como potestad graciable del Estado. Parece que, aunque el desarrollo teórico está suficientemente asentado, habrá de esperarse a sucesivos pronunciamientos que aclaren este extremo.

Podría considerarse al respecto la interpretación, como propugnan algunos autores, desde un «espíritu humanitario» y, en consecuencia, de acuerdo con un principio «*in dubio pro refugiado*»<sup>60</sup>; o bien, de acuerdo con la opinión del profesor López Garrido, considerar que en un procedimiento de las características de las demandas de asilo y refugio hay

<sup>57</sup> STS de 9 de mayo de 1988 (ref. Ar. 4074) y, también, SSTS de 28 de septiembre de 1988 (ref. Ar. 6945), de 18 de julio de 1989 (ref. Ar. 5392) y de 5 de marzo de 1990 (ref. Ar. 1861).

<sup>58</sup> STS de 28 de septiembre de 1988 (ref. Ar. 6945).

<sup>59</sup> A este respecto, N. González-Cuéllar Serrano, *Derecho Procesal Administrativo*, Ed. Tirant Lo Blanch, 1991, pp. 381 y 382.

<sup>60</sup> F. Mariño Menéndez, *op. cit.*, p. 347.

una especie de prueba compartida, que la Administración debe entender que tiene que contribuir a conformar<sup>61</sup>. No obstante, resulta necesario subrayar que en ningún caso debe suponer la prevalencia del expediente sobre cualquier otra consideración de tipo probatorio

Sobre el primer razonamiento, sin embargo, el Supremo, resolviendo un recurso de apelación interpuesto contra una resolución del Ministerio del Interior denegando el reconocimiento de la condición de refugiado, afirmó que «en materia administrativa, no sancionadora, no es de aplicación el principio in dubio pro-reo»<sup>62</sup>.

Por último, importa señalar acerca de este tema la significación otorgada por el Tribunal a los informes de la delegación española del ACNUR. Solamente en dos ocasiones se separa de lo expresado en ellos<sup>63</sup>, y una se debe a un error procedimental. A pesar de no existir obligación que implique una directa relación entre los informes del ACNUR y la estimación o desestimación de la demanda, la tendencia marcada, explicable por el contexto internacional de donde proviene, amplía considerablemente la posible apreciación de la cualidad de refugiado, porque el ACNUR, así lo entiende el propio órgano jurisdiccional, «es organismo neutral y normalmente tendente a favorecer las solicitudes». No se pretende con esto decir que el Tribunal no goce de neutralidad, pero la propia afirmación del Supremo constata los dos diferentes niveles de apreciación, interno y externo, en los cuales se mueven éste y el ACNUR.

## VI. LA CONEXION DEL DERECHO DE ASILO CON OTROS DERECHOS

Aunque no se puede obviar la interrelación existente entre el derecho de asilo y la protección de otros derechos, señalando, por todos, los más importantes y básicos del derecho a la vida y el derecho a la libertad, nos referimos en este punto a los esfuerzos sobre esa relación con el objetivo de obtener una apoyatura que permitiese la exigibilidad de protección para la persona carente de ella, y así establecer un cierto carácter vinculante, dándose determinadas circunstancias, del derecho de asilo<sup>64</sup>. En otras palabras, la existencia de un derecho subjetivo de

<sup>61</sup> D. López Garrido, *op. cit.*, p. 96.

<sup>62</sup> STS de 22 de enero de 1985 (ref. Ar. 240).

<sup>63</sup> SSTS de 15 de abril de 1988 (ref. Ar. 3344) y de 29 de noviembre de 1989 (ref. Ar. 8166).

<sup>64</sup> La protección indirecta a través del Convenio Europeo de Derechos Humanos parece situarse en esta dirección. Ver F. Sudre, «Le controle des mesures d'expulsion et d'extradition par les organes de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme», en *Immigrés et réfugiés...*, cit., p. 253. Se puede, asimismo, citar acerca de este punto el trabajo del profesor J. A. Carrillo Salcedo, «Protección de los derechos humanos en el Consejo de Europa: hacia la superación de la dualidad entre derechos civiles y políticos y derechos económicos y sociales», *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 18, n.º 2, 1991, pp. 441 y ss. Es también interesante la opinión de E. Zoller; según ella: «C'est pourtant le droit à la sûreté — "droit naturel et imprescriptible" — qui oblige à

asilo a través de su definitiva conexión con otros derechos claramente asentados.

Sin embargo, la principal dificultad de este planteamiento radica en la ausencia misma de protección, o en el deseo de no acogerse a la misma. Una persona que haya abandonado su país por alguna de las razones ya largamente citadas carece de un amparo de sus derechos cuyo disfrute podría obtener si otro país lo admite. Pero hasta que ese país no lo admita sus derechos caen entre ambos Estados; está, en cierto modo, en «tierra de nadie». Desde luego, ningún Estado puede desconocer determinados derechos esenciales del «fugitivo»<sup>65</sup>, pero, de hecho, los Estados solamente les reconocen unos pocos derechos. En el plano internacional puede entenderse que estos esfuerzos se han hecho para limitar el principal escollo existente: establecer con certeza que alguien va a otorgar la protección, pues de ser posible la protección en el país propio no cabría el asilo, y si, por el contrario, eso no fuera posible, de existir tal derecho subjetivo de asilo sería suficiente demostrar una serie de condiciones para ser acreedor de protección. A pesar de todo ello, es difícil afirmar la existencia de ese derecho subjetivo en el ámbito internacional.

Todo lo dicho encuentra reflejo en un pronunciamiento del Tribunal Supremo<sup>66</sup>, donde se aprecia que el derecho reconocido a los extranjeros para solicitar y obtener la condición jurídica de refugiado *«es una secuela de la Declaración Universal de Derechos Humanos —explícitamente referenciada en el artículo 10.2 de la Constitución—, adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A(III) de 10 de diciembre de 1948, que en su artículo 15, condena las privaciones arbitrarias del derecho a una nacionalidad y del derecho a cambiar de ella, con lo que se consagra ese derecho a obtener una protección de carácter internacional de sus derechos individuales bajo los auspicios de una bandera determinada evitándose con ello situaciones acontecidas pretéritamente, en que por unas u otras razones de las anteriormente especificadas, podía quedar el individuo, como sujeto de valores humanos, sin esa protección, como era el caso del apátrida, que quedaba*

*reconnaitre le droit d'asile comme droit de l'homme, étant ici rappelé que le droit à la sûreté de sa personne est l'un des tout premiers droits reconnus dans la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, au même titre que le droit à la vie et à la liberté.»* E. Zoller, *Le droit d'asile*, Academia de Derecho Internacional de La Haya, Martinus Nijhoff Publishers, p. 22. Por último, resulta de interés la opinión del profesor Ruiz-Giménez Cortés, según el cual ha de tenerse en cuenta la *«imperatividad del reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana»*, en su ponencia *«Las garantías procesales del derecho de asilo»*, en el II Curso Universitario sobre Derecho de Extranjería, Asilo y Refugio, organizado por la Universidad Carlos III y la Comisión Española de Ayuda al Refugiado, ejemplar mimeografiado, p. 3.

<sup>65</sup> En palabras de Henkin: *«A person who has exercised the right to leave, then, loses the human rights he had in his country of origin. He would enjoy them in another country if that country admitted him. But until a country admits him, the refugee's rights fall between States; he (she) is in a human rights "no-man's-land", of course, no State may reach out to violate the refugee's rights...»* L. Henkin, *op. cit.*, p. 241.

<sup>66</sup> STS de 8 de febrero de 1985 (ref. Ar. 800).

por tal motivo reducido a sus propias fuerzas sin ningún "Status" jurídico que lo garantizara del ejercicio y reconocimiento de sus derechos naturales como tal hombre».

Parece dudosa, o al menos un tanto difusa, la relación del supuesto de elección y derecho a una nacionalidad con el de búsqueda de protección que es el asilo. Ello no obstante, interesa destacar la inclinación del Tribunal hacia el área de los derechos fundamentales en el tratamiento de los asuntos referentes al derecho de asilo.

Todo esto nos aproximaría, esta vez en el espacio interno, a las varias notas de las cuales derivar la existencia de un derecho de asilo plenamente exigible por aquellas personas huidas de su país a causa de una persecución.

## VII. NOTAS SOBRE LA PREVISTA MODIFICACION DE LA LEY 5/1984

No solamente en el marco de la Comunidad Europea, a raíz del tan traído y llevado Tratado de la Unión Europea, sino también en el más amplio ámbito de la cooperación intergubernamental, se están sucediendo una serie de acuerdos, cuyo motivo último es la problemática del establecimiento de la libre circulación de personas, que afectan, o afectarán, a la cuestión del derecho de asilo. Ha de observarse, asimismo, la tendencia a la progresiva armonización legislativa en la materia<sup>67</sup>. En este contexto aparece un proyecto de ley<sup>68</sup> para la reforma de la Ley 5/1984. Se trata, al punto que nos ocupa, de ver en qué medida pueden incidir las reformas previstas sobre las cuestiones abordadas a lo largo del presente trabajo.

### a) RELATIVAS AL CONTROL JURISDICCIONAL

Desaparece la vía de recurso de la Ley 62/78, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales. Se elimina de esta forma una de las notas puestas como ejemplo de la proximidad del derecho de asilo a los derechos fundamentales, si bien ya se había notado el carácter provisional de su utilización y, por tanto, su carácter no definitivo en este examen.

<sup>67</sup> Al respecto, K. Hailbronner, «Perspectives of a harmonization of the law of asylum after the Maastricht summit», *Common Market Law Review*, vol. 29, n.º 5, 1992, p. 917. De reciente aparición es un trabajo ampliamente documentado y muy interesante de la doctora C. Escobar Hernández, «El Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen y el Convenio de Dublín: Una aproximación al asilo desde la perspectiva comunitaria», *RIE*, vol. 20, n.º 1, 1993, pp. 53-100. Muy crítico se muestra el profesor A. Remiro Brotons, en «Emigración y xenofobia en la Comunidad Europea», recogido en *Racismo y Xenofobia. Búsqueda de las raíces*, Madrid, 1993, Fundación Rich, pp. 51-77.

<sup>68</sup> Aunque caducado por la convocatoria de elecciones legislativas, vuelve a ser objeto de la actividad parlamentaria, ver «Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión Constitucional», *BOCG*, n.º 69, 11 de noviembre de 1993.

Por otra parte, se prevé que las resoluciones administrativas enunciadas en el proyecto ponen fin a la vía administrativa y, esta vez con carácter general y de modo expreso, abren el acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa. En cualquier caso, la firmeza observada en el control ejercido por el Tribunal Supremo no parece permitir fisuras para otra solución.

De todas formas, es posible advertir algunas dificultades que se podrían plantear, a saber:

- La celeridad, quizá excesiva, en la tramitación de las solicitudes<sup>69</sup>.
- Los efectos atribuidos a las decisiones denegatorias o a la inadmisión a trámite de la solicitud, que determinan el rechazo en frontera o la salida obligatoria o expulsión del territorio español, unido a la ausencia de determinación de los efectos producidos por el recurso en el orden jurisdiccional. Sin embargo, no parece excesivo pensar en una generosa apreciación por los Tribunales de la petición de suspensión del acto con la interposición del recurso contencioso-administrativo correspondiente.

#### b) EN RELACIÓN CON EL CONCEPTO

A este respecto, la reforma tiene una estimable incidencia. Así, como primera nota sobresaliente, desaparece el otorgamiento del asilo por razones humanitarias, si bien las mismas no están totalmente ausentes de la proyectada regulación. Se reconducen a una autorización de permanencia, en el marco de la legislación general de extranjería, en base a dichos motivos. A pesar de la poca definición de esas razones, su supresión podría tacharse en alguna medida de retroceso, habida cuenta de que franqueaba el camino hacia una concepción más solidaria de la institución tratada y, además, podía percibirse en ellas una amplia capacidad de respuesta a determinadas situaciones urgentes, necesitadas de una especial protección, que la legislación general de extranjería no otorga.

En segundo lugar, tampoco son incluidos aquellos otros supuestos de la persecución debida a actos realizados con la finalidad de obtener el reconocimiento de derechos y libertades fundamentales protegidos por la Constitución o de luchar contra sistemas democráticos de convivencia. En este sentido, no parece grande la repercusión que pueda tener su eliminación del texto, puesto que, como ya advertimos, parecen perfectamente reconducibles a otro tipo de situaciones.

Por otra parte, el nuevo proyecto no hace diferenciación entre refu-

<sup>69</sup> Una resolución definitiva, en sentido negativo, incluyendo recurso en vía administrativa, de una solicitud de asilo presentada en frontera puede ser resuelta en un plazo máximo de siete días solamente, tal como se desprende de la nueva redacción del artículo 5.

gio y asilo; en esta ocasión establece una regulación única para ambos. Da sólo un concepto de refugiado, que no es otro que el del Convenio de Ginebra, previniendo la posible inclusión de otros contemplados en tratados ratificados por España con posterioridad. Se evitan con esto las confusiones puestas de manifiesto sobre los dos términos, al tiempo que se admite implícitamente la íntima conexión, hablábamos de diferencia de grado, entre asilo y refugio.

Pero, con todo, lo más interesante de esta reforma en ciernes es la conexión directa entre el reconocimiento de la condición de refugiado y la concesión del asilo<sup>70</sup>. Ello permitiría hablar de la existencia de un derecho a que el asilo sea concedido siempre que se reúnan las condiciones recogidas en el Convenio sobre el estatuto de los refugiados y sea España el primer Estado de asilo seguro. Este último punto pudiera ser el más controvertido. El proyecto recoge una serie de circunstancias, en clara referencia a los acuerdos de Schengen y Dublín, entre otros, que impiden, caso de concurrir, la admisión de la solicitud. Circunstancias referidas a los Tratados realizados con la finalidad de determinar cuál es el Estado que debe resolver una determinada solicitud de asilo y sobre transferencia de responsabilidades en materia de refugiados.

#### c) EN RELACIÓN A LA PRUEBA

El proyecto acoge la intervención del representante en España del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados; en consecuencia, no cabe esperar una situación muy diferente sobre este extremo a la ya señalada de la importancia otorgada a los informes del ACNUR en el reconocimiento de la condición de refugiado.

De otro lado, se establece una obligación de colaboración del solicitante con la Administración de cara a la prueba de los hechos y alegaciones expresados en la solicitud. Parece acogerse, de alguna manera, aquella suerte de prueba compartida propugnada por el profesor López Garrido.

Finalmente, se estima bastante, nuevamente, para la resolución favorable de la petición de asilo la apariencia de indicios suficientes. Se puede, en apariencia, mantener la construcción acerca de la no obligatoriedad de prueba plena hecha por el Supremo.

En definitiva, se pueden esperar críticas a la reforma de la Ley 5/84; las más significativas serían las relativas a cuanto de inseguridad para el solicitante, en una incómoda posición, puede suponer la rapidez, excesiva sin duda, en la resolución de las solicitudes. De todas maneras, la línea jurisprudencial seguida por el Tribunal Supremo permite observar una moderación en la interpretación de la ley, resultando suficientemente garantista, que parece útil para resolver los problemas y tensiones que generará la nueva ley.

<sup>70</sup> En principio, la nueva redacción sería del siguiente tenor literal: «Se reconocerá la condición de refugiado y, por tanto, se concederá el asilo...»

## VIII. CONCLUSIONES

1. La determinación de las «zonas de certidumbre», negativas y positivas, de los conceptos plasmados en la Ley 5/1984 y la regulación internacional, conllevan necesariamente una precisión jurisprudencial que va efectuándose sucesivamente, caso por caso, hasta establecer un patrón adecuado. Sin embargo, en materia de asilo y refugio, el orden jurisdiccional no puede sustituir la actividad decisoria de la Administración, la cual ha de manifestarse en cualquier forma. Su función es otra: la de controlar la legalidad de las actuaciones y decisiones administrativas, evitando una posible indefensión. Y el Tribunal Supremo, consecuente con los parámetros constitucionales que permiten el control judicial de la actividad administrativa, ha acotado los márgenes en que se puede desenvolver dicha actividad, hasta tal punto que los límites señalados a una potestad excesivamente discrecional a primera vista permitirían, aparentemente, abrir una vía hacia algo más que un derecho graciable exclusivo del Estado.

2. La valoración final de la jurisprudencia estudiada arroja un saldo bastante positivo. El Tribunal Supremo ha determinado la ampliación de la cobertura del concepto de asilado, capaz de ser utilizado siempre ante una situación crítica, reforzando la garantía del *non-refoulement*, como amparo mínimo ante circunstancias trágicas, y ha posibilitado un marco adecuado para la definición de conceptos más o menos indeterminados, delimitando así los extremos de decisiones que ya no serán totalmente imprevisibles. El Tribunal ha adoptado un papel determinante en el proceso de normalización del derecho de asilo, otorgando un manto protector de suficiente entidad como para aproximarse a la configuración de un derecho subjetivo cuasi-fundamental. Es importante observar que el Tribunal manifiesta una tendencia a acercarse hacia los derechos fundamentales en el examen de las materias sometidas sobre la cuestión tratada.

3. El Supremo presta mayor atención, en términos generales, a tratar de establecer si hay «persecución» que a los motivos de la misma. Se aprecia de este modo un esquema, con una óptica abierta ante la naturaleza de las situaciones dadas, que podemos dividir en dos niveles: en una primera aproximación, constatar la existencia de una situación turbulenta, de inseguridad en el orden político, y, posteriormente, una conexión personal de especial relevancia. Siendo, por lo demás, suficiente la afirmación por quien reclama el asilo de no desear su regreso al país de origen, a efectos de la prueba de esa intención.

4. Las perspectivas de reforma de la Ley 5/84 resultan positivas en determinados extremos: conexión entre reconocimiento de la condición de refugiado y concesión del asilo, supresión de la diversa regulación para ambos supuestos, generalización del acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa. Por el contrario, diversos aspectos de la misma pueden resultar poco satisfactorios, como la supresión del asilo por

razones humanitarias, la poca claridad en la coordinación sobre la responsabilidad en el estudio de las solicitudes y la aceleración en la resolución de las mismas, además de un recurso suspensivo que limite los efectos de tal celeridad.

5. En último extremo, a nuestro juicio, es preferible otorgar asilo a alguien no necesitado de esa protección o que no reúna todas las condiciones exigidas, a producir, negándola, una situación irreparable. Ciertamente una relativa rapidez puede evitar no sólo los «abusos», en el sentido de su utilización como vía de emigración con finalidad exclusivamente económica, que se le atribuyen a las peticiones de asilo; sino que también podría ser beneficioso, desde la perspectiva del solicitante, para limitar lo precario de su situación. Pero se podría afirmar que un uso acorde con la finalidad del estatuto permitiría, en una cierta medida, una solución a esa capacidad de abarcarlo todo que dudosamente se le imputa. No parece admisible, o por lo menos resulta en cierta medida cuestionable, hacer recaer las consecuencias de «la utilización fraudulenta con fines de emigración económica, del sistema de protección de refugiados» sobre el solicitante del asilo, cualesquiera sean sus motivaciones, con el pretexto de garantizar una protección rápida y efectiva a los «verdaderos refugiados», pues su posición ya es lo bastante complicada como para añadirle otra carga. En todo caso, a modo de reflexión final, cabría plantearse si la calificación de «abusivo» se daría ante una coyuntura diferente a la actual de crisis económica.

