

LA REGULACIÓN DEL DERECHO DE ASILO EN LA NORMATIVA COMUNITARIA

María Luisa Balaguer Callejón*

SUMARIO

1.- Introducción

2.- Análisis de la Directiva 2004/83/CE del Consejo.

3.- La regulación interna del derecho de asilo en el ordenamiento jurídico estatal español.

4.- Conclusiones

1. INTRODUCCIÓN

Es una aspiración de la Unión Europea el establecimiento de políticas comunes en aquellos problemas que se presentan de forma casi generalizada en los Estados que la componen. Hay que tener en cuenta que en un mundo globalizado, cada vez con más frecuencia, los asuntos fundamentales que afectan a los Estados, se reiteran e incluso exigen soluciones homogéneas para lograr una mayor efectividad. Así ocurre en los asuntos incumbentes al terrorismo, la emigración, y todas aquellas situaciones de demanda de asilo político por personas que se ven obligadas a salir de sus países de origen debido a circunstancias políticas que hacen peligrar su vida y la de sus familias¹.

* Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad de Málaga.

¹ Esta Directiva parte de la normativa internacional en lo que se refiere a los derechos de asilo, de una parte la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de Ginebra, de 28 de julio de 1951, y de otra parte del Estatuto de los Refugiados de Nueva York, de 31 de enero de 1967.

La Directiva 2004/83/CE del Consejo obedece a esa tendencia a la homogenización de la normativa europea en materia de asilo político y establece normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas, como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida.

Viene a desarrollar las previsiones del art. 63 del TCE, en particular los puntos 1,c); 2,a); y 3,a)².

Esta política común de asilo para la Unión Europea se va a ver reproducida en la futura Constitución Europea, que en su artículo III-257 prevé el desarrollo de una política común de asilo para todos los Estados de la Unión³.

La Constitución Española también recoge en el art. 13.4 una exigencia de regulación por ley del derecho de asilo y refugio⁴. Estas previsiones se

² El artículo 63 del Tratado de la Comunidad Europea prevé que en un plazo de cinco años a partir de su entrada en vigor, la Unión Europea adoptará medidas en materia de asilo, y en particular el pf.1.c) dice taxativamente que adoptará medidas sobre "normas mínimas para la concesión del estatuto de refugiado a nacionales de terceros países". El pf. 2, a prevé esas medidas para "la protección temporal a las personas desplazadas procedentes de terceros países que no pueden volver a su país de origen y para las personas que por otro motivo necesitan protección internacional". Y finalmente, el pf. 3, a) prevé la regulación para "las condiciones de entrada y de residencia, y normas sobre procedimientos de expedición por parte de los Estados miembros de visados de larga duración y de permisos de residencia, incluidos los destinados a la reagrupación familiar".

³ La futura Constitución para Europa prevé en su artículo III-257 punto 2, que la Unión "garantizará la ausencia de controles de personas en las fronteras interiores y desarrollará una política común de asilo, inmigración y control de las fronteras exteriores que esté basada en la solidaridad entre los Estados miembros y que sea equitativa para con los nacionales de terceros países".

⁴ El artículo 13 de la Constitución Española regula la situación de los extranjeros en España. En su párrafo primero el art. 13 garantiza que los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que se regulan en el Título I en los términos que establezcan los tratados y la ley. El pf. segundo limita el ejercicio de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo que atendiendo a los criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales. Esta redacción resulta de la modificación de la Reforma Constitucional de 27 de agosto de 1992, como exigencia de la firma del Tratado de Maastrich por nuestro Estado. Finalmente los párrafos 3 y 4 regulan la situación derivada del reconocimiento del derecho de asilo político. El pf. 3 dice que "la extradición solo se concederá en cumplimiento de un tratado o una ley, atendiendo al principio de reciprocidad. Quedan excluidos de la extradición los delitos políticos, no considerándose como tales los actos de terrorismo." Y el pf. 4, dice que la ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España.

han desarrollado en la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado⁵.

2. ANÁLISIS DE LA DIRECTIVA 2004/83/CE DEL CONSEJO

La Directiva pretende facilitar a los Estados la posibilidad de legislar con una política común de asilo. Ese sistema común, al tiempo que facilita la cooperación entre los Estados miembros, impide las dificultades que se derivan de las divergencias entre los diferentes Estados en la solución de los problemas derivados de la acogida a refugiados políticos.

Al mismo tiempo, la homogeneización de las condiciones de los refugiados en todo el ámbito europeo, facilita un mínimo de derechos por debajo del cual ningún Estado miembro podrá legislar. Esto no impide que los Estados puedan mejorar hasta donde quieran las condiciones mínimas impuestas por la Directiva. Muy al contrario, la Directiva insiste en la posibilidad de mejorar la situación por parte de cada uno de los Estados.

De esta forma, lo que la Directiva pretende es la identificación de criterios comunes para determinar cuando se está ante una situación necesitada de asilo. Esto evitará que se cree un cierto "turismo de asilo" en algunos Estados, si cada uno tiene formas y criterios diferentes para la concesión del asilo político.

La Directiva contiene criterios para la evaluación de cuándo se puede decir que el solicitante se encuentra en una situación que justifique su petición de asilo. Estos criterios son los hechos relativos a su país de origen, las declaraciones y documentos que éste aporte en orden a comprobar su situación de peligro así como su propia situación personal, pasado, edad y sexo. También son situaciones a tener en cuentas las posibilidades de peligro en el caso de que volviera a su país, y las posibilidades alternativas de que pueda ser acogido en otro país.

En relación con la familia del peticionario, se contiene una regulación amplia de las posibilidades de extensión a la familia de los derechos de asilo, en relación con la exigua consideración que encontraremos en nuestro

⁵ Modificada por la Ley 9/1994 y por el R.D. 203/1995, de 10 de febrero, de aplicación de la Ley. También por la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España, y su integración social (a su vez modificada por la LO 8/2000, de 22 de diciembre) y por el RD 864/2001, de 20 de julio, de ejecución de la LO 4/2000. Este RD ha sido derogado, como veremos, en varios de sus artículos por el TS en Sentencia de 1 de abril de 2003.

ordenamiento interno. El art. 10 trata la extensión familiar del asilo a los ascendientes y descendientes en primer grado y al cónyuge del refugiado o persona ligada por afectividad o convivencia. En determinados supuestos de parentesco, exige una valoración separada de determinados miembros de la familia.

En el capítulo segundo se regula cómo deben evaluarse los hechos que se hacen constar en la solicitud de asilo. Y se establecen cinco elementos de valoración. En primer lugar, los hechos relativos a la situación del país de origen del solicitante. Estos se suponen que son hechos relativos a una situación política concreta, la que esté teniendo lugar en ese país. Y para ello se detallan algunos. En primer lugar, la legislación y el modo en que se esté aplicando por los gobernantes. En segundo lugar, las propias declaraciones del solicitante y los documentos que aporta, así como la posibilidad de que éste sufra ya una persecución o haya sufrido daños concretos. En tercer lugar, las circunstancias personales y familiares en que se encuentre, tanto en el momento actual como en un pasado próximo o remoto, para tener elementos de valoración de una situación de peligro cierto. En cuarto lugar, se intenta evitar el fraude, para lo que se adentra en el análisis de si esa posible conducta ha podido obedecer al deliberado propósito de provocar el apoyo internacional y, en tal caso, cuáles podrían ser las consecuencias para su integridad de una vuelta al país de origen. Finalmente, se deben valorar las posibilidades alternativas de asilo en otros países.

Igualmente, se establecen algunos criterios de determinación de la valoración de los hechos y circunstancias, como el de que el sufrimiento de persecuciones debe entenderse como un indicio de que su vuelta puede conllevar un serio riesgo, a menos que haya razones fundadas para entender que esos graves daños no vayan a repetirse.

También son elementos de valoración, el esfuerzo del solicitante en la aportación de las pruebas y su dificultad para obtenerlas, la explicación satisfactoria de su situación, la coherencia y verosimilitud en su exposición, la rapidez y su credibilidad general en la tramitación de todo el expediente.

Respecto de los hechos concretos en que se base la petición de asilo, la Directiva exige que se detalle la descripción de los actos que se consideran relevantes para conceder el asilo. Estos han de ser graves y pueden consistir tanto en el ejercicio de la violencia física o psíquica, incluida la violencia sexual, en medidas legales policiales o judiciales discriminatorias en su formación o en su aplicación, procesamientos o penas desproporcionadas, y actos de naturaleza sexual en niños o adultos. Esta enumeración no es taxativa, sino meramente enunciativa, porque el artículo 9 cuando enumera estas formas utiliza la expresión “entre otras”, con lo que parece

admitirse como posibilidad cualquier otra situación que redunde en ese perjuicio irreparable que justifica la petición de asilo.

Todas estas situaciones han de guardar una relación de causalidad con el interés del solicitante en la concesión de su derecho de asilo. De su petición ha de desprenderse que potencialmente éste puede sufrir algún tipo de perjuicio concreto como consecuencia de alguno de estos elementos: etnia, nacionalidad, religión, grupo social u opinión. Y también se adentra la Directiva en el detalle de la explicación de cada uno de estos elementos para que sean tenidos en cuenta en la valoración de la situación del solicitante. La etnia comprende la pertenencia a un determinado grupo o raza que puedan ser especialmente discriminados y perseguidos por la situación que genera la petición del asilo. La religión se ha de entender factor de conflicto tanto por las creencias como por la ausencia de creencias, tanto por el culto como por la falta de voluntad de culto. Se refiere en realidad a que la religión opere como un factor de conflicto y esto implica tanto la pertenencia a una religión que en determinada situación política sea motivo de persecución como el hecho de que alguien sea perseguido precisamente por no participar del culto que exige el poder. La nacionalidad es también un concepto con connotaciones específicas en cuanto a su consideración como un factor de peligro para el solicitante de asilo y la Directiva determina que se considere de forma más amplia que la mera pertenencia a un Estado. En cuanto al concepto de grupo social, debe tenerse en cuenta que los miembros de un grupo son los que comparten determinadas características o creencias que resulten esenciales para su identidad como sujetos, y sean así percibidos por el entorno.

Es importante tener en cuenta que en una situación de riesgo para la vida o para la integridad física, todas estas circunstancias u otras que se pudieran tomar en consideración a los efectos del derecho de asilo pueden tener una importancia objetiva mínima y sin embargo, por las circunstancias concretas que estén teniendo lugar en un país, revestir una importancia mayor, al ser percibidas por los agentes de persecución. De ahí que el pf. 2 del artículo 10 considere que en la valoración se tengan en cuenta las circunstancias concretas que concurran en ese caso.

Un capítulo importante de derechos del asilado es el concerniente, según la Directiva, a los derechos sociales. El acceso al empleo en nuestra legislación es solamente una posibilidad que depende del refugiado. Sin embargo, en la Directiva se obliga a los Estados miembros a que velen por la homologación con los nacionales en lo que se refiere a formación ocupacional, profesional y trabajos en prácticas. La Directiva prevé que en algunas circunstancias se pueda priorizar a estas personas en el mercado laboral,

teniendo siempre en cuenta, a estos efectos, la situación en el mercado de trabajo. Y se prevé que para la actividad laboral se aplique la legislación laboral nacional en materia de remuneraciones, seguridad social y otras condiciones laborales.

Igual que en el acceso al empleo ocurre con la educación. Se obliga a los Estados a que accedan a la educación en las mismas condiciones que los nacionales así como a la expedición de certificados, diplomas y título profesionales.

Y en cuanto a la asistencia social y a la asistencia sanitaria, también se exige a los Estados que equiparen a los refugiados a los nacionales en materia de prestaciones sociales.

3. LA REGULACIÓN INTERNA DEL DERECHO DE ASILO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESTATAL ESPAÑOL

Las normas de extranjería son controvertidas en el ámbito nacional. Por ello, existe un permanente cambio de orientación legislativa, no sólo en función de la orientación política de los Gobiernos, sino dentro de este mismo signo político. Aún en la misma legislatura y a veces en el mismo año se producen modificaciones importantes. Además, han sido recurridas todas las leyes de extranjería hasta el momento por la vía del recurso de inconstitucionalidad. El propio Reglamento de Extranjería ha sido anulado de forma sustancial por el Tribunal Supremo⁶.

Esta Directiva provocará nuevas modificaciones legislativas pues nuestra regulación interna deberá adoptar una parte importante de los contenidos de esta Directiva. En primer lugar en lo que se refiere a los requisitos para el reconocimiento del status de asilado; en segundo lugar respecto a los derechos que se consideran inherentes a esta declaración por parte de la Directiva y que nuestra legislación interna desconoce enteramente.

En realidad, la ley 5/1984, modificada por la Ley 9/1994, se limita a regular sucintamente, y sólo en su aspecto político, el derecho de asilo. En base al art. 13.4 de la CE se considera el derecho de asilo como la protec-

⁶ La ausencia en la voluntad por parte del legislador de conceder a los extranjeros los mismos derechos fundamentales que a los españoles, se constata permanentemente en las resoluciones judiciales que conocen de estas materias. A modo de ejemplo, la STC 95/2003, por la que se declara inconstitucional el inciso "legalmente" del artículo 2,a) de la Ley 1/1996, de 10 de enero de asistencia jurídica gratuita, y la interpretación obligada del concepto de "residente" como pura situación fáctica.

ción dispensada a los extranjeros a los que se reconozca la condición de refugiado y que consiste en su no devolución ni expulsión, en los términos del art. 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y que lleva anexas estas medidas: la autorización de residencia en España, la expedición de documentos de viaje e identidad necesarios, la autorización para desarrollar actividades laborales, profesionales o mercantiles y cualesquiera otras que puedan recogerse en los Convenios Internacionales referentes a los refugiados suscritas por España.

Los requisitos que se establecen para la solicitud son más genéricos que los que se contienen en la Directiva. Se limitan a una solicitud ante la autoridad gubernativa, personalmente si es posible, y si no a través de un representante, pendiente de ratificación cuándo desaparezca la imposibilidad del interesado.

Respecto de la necesidad de asistencia jurídica, nuestro derecho interno la exige, pero en la Directiva no es necesaria. El art. 5.4 de la Ley 5/1984, dice que se instruirá al solicitante de los derechos que le asisten, en particular del derecho a la asistencia de abogado.

Con posterioridad a la primera regulación del derecho de asilo, se han producido cambios normativos importantes en materia de extranjería que tienen una incidencia directa en este derecho. Como decimos, de forma cambiante se ha legislado en materia de extranjería y esas normas tienen sin duda importancia en orden a la ampliación de aquellos derechos fundamentales reconocidos a los extranjeros en materia social, sanitaria y laboral. Con posterioridad a la Ley reguladora del derecho de asilo, se aprueba la LO 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, y posteriormente el RD 155/1996 de 2 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley. Esta ley, como las sucesivas, será recurrida de inconstitucionalidad, y declarada en parte inconstitucional por la STC 115/1987, de 7 de julio⁷.

⁷ La inconstitucionalidad vino a afectar sobre todo al ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución para los españoles, y que el TC estimó que no podían, en determinados derechos, restringirse a extranjeros. Así, el art. 7 que exigía solicitar un permiso para el ejercicio del derecho de reunión, ("solicitar del órgano competente la autorización".) O el art. 8,2 que permitía al Consejo de Ministros suspender las actividades de algunas asociaciones promovidas o integradas mayoritariamente por extranjeros por un plazo no superior a seis meses cuando atentaran gravemente contra la seguridad, los intereses nacionales, el orden público, la salud o la moral pública o los derechos y libertades de los españoles. O en el caso del art. 34, cuando impedía la suspensión de las resoluciones administrativas en aquellos casos en que los extranjeros pudieran recurrirlas.

A esta Ley le sucede la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que en ese mismo año es modificada por la LO 8/2000, de 22 de diciembre. Cuando aún no se ha resuelto el recurso de inconstitucionalidad interpuesto ante el Tribunal Constitucional contra estas normas, se vuelven a reformar de manera importante además, por la LO 14/2003, de 20 de noviembre, que introduce algunas modificaciones importantes. Así, la creación de una tarjeta de identidad del extranjero, algunas mejoras en el derecho de reagrupación familiar, la concesión de determinados derechos relacionados con la violencia doméstica y una tipología exhaustiva de visados: de tránsito, de estancia, de residencia, de trabajo y de estudios.

Por lo tanto, se han producido ya en nuestro ordenamiento interno algunas modificaciones que tienen repercusiones sobre el derecho de asilo. El reglamento de extranjería ha sido totalmente modificado, dentro de las prioridades del nuevo Gobierno de España formado tras las elecciones de 14 de marzo de 2004. Además del sensible cambio de orientación política del nuevo Gobierno socialista, que sucede al anterior Gobierno formado por el Partido Popular, había razones importantes para modificar el Reglamento de Extranjería después de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 2003, que anula trece artículos del texto legal. La sentencia estima un recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Federación de Asociaciones Pro Inmigrantes en Andalucía, "Andalucía Acoge" y de la "Red Acoge" Federación de Asociaciones Pro Inmigrantes⁸.

El nuevo Reglamento, fruto de un consenso con los agentes sociales, de una parte la representación de los sindicatos con implantación nacional y de la otra las asociaciones empresariales implantadas a nivel estatal, modifica sensiblemente la anterior normativa y basa su contenido en la necesidad de facilitar la circulación de los inmigrantes en el mercado laboral, estableciendo medidas que hagan posible la legalización de trabajadores ahora ilegales y relajando en buena parte los obstáculos del anterior Reglamento.

El Reglamento prevé su aplicación con carácter supletorio a quienes sea de aplicación la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Asilo y de la condición de refugiado. Por la extensión de este Reglamen-

⁸ Los preceptos anulados son: Art. 38, el inciso "pudiendo adoptarse en tales casos medidas cautelares, algunas de las medidas enumeradas en el art. 5 de la LO 4/2000 reformada por la Ley 8/2000"; el art. 41.5; art. 49.2 d) y e) y el inciso "en España"; art. 56.8 y el inciso "o de expulsión"; art. 57.1; art. 84.2; art. 117.2; art. 127.2.c; art. 130.2; art. 130.6; art. 136.3; art. 138.1.b) en el inciso "o en el interior del territorio nacional en tránsito o en ruta".

to, en relación con las normas que regulan el derecho de asilo, es de prever una aplicación importante, aunque esté previsto de forma supletoria.

También se prevé la modificación expresa del Reglamento de aplicación de la Ley de Asilo, (RD 203/1995, de 10 de Febrero), en su art. 2.3, pf. c); el art. 3, pf. g); el art. 15.2; el art. 22,2; el art. 23.2; el art. 30; el art. 31; art. 31.4: art. 31.5.

Todas estas modificaciones afectan a aspectos importantes del Reglamento. En realidad lo que se hace es sustraer del anterior reglamento toda la normativa derivada de la instrucción de los expedientes administrativos, que se homologa a la tramitación de los expedientes de extranjería.

Igualmente, se producen cambios en el capítulo de derechos sociales y laborales derivados de la situación de extranjero, y en este caso de asilado o refugiado. Así sucede con el art. 15.2, del antiguo reglamento que se refería a la situación laboral en el caso de un solicitante cuyo expediente está en tramitación. Ahora puede ser contratado si en el plazo de seis meses tras la presentación de su solicitud de asilo, ésta aún no se hubiera resuelto y las causas no fuesen imputables al solicitante. También el art. 30 se modifica respecto del anterior Reglamento para ampliar los derechos sociales al permitir al refugiado que careciere de medios económicos beneficiarse de los programas generales y especiales que se establezcan con la finalidad de facilitar su integración. Y el art. 31 amplía considerablemente las garantías derivadas del procedimiento administrativo tramitado en relación con la petición de asilo. El silencio administrativo se entiende como positivo para la concesión del asilo, dentro de unos plazos que son razonables para la tramitación (tres meses en el caso de la renovación del visado), y la denegación exige que por parte de la Administración se justifiquen y razonen las causas por las que se deniega el derecho.

En cuanto a la tramitación procesal del derecho de asilo, la disposición transitoria de la ley dice que "en tanto no sean promulgadas las normas reguladoras de amparo judicial, el procedimiento que se contiene en el art. 21 se desarrollará según la Ley 62/78, de diciembre". Seguramente el legislador en ese momento piensa que los procesos de amparo podrían haber sido modificados por una ley que sustituyera *in toto* a esa normativa de desarrollo del art. 53, 2 de la Constitución Española. No fue así y los procesos de defensa de los derechos fundamentales están incardinados en los respectivos órdenes jurisdiccionales, de manera que los atinentes al orden jurisdiccional civil están regulados en la Ley de Enjuiciamiento Civil, los penales en la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal, los sociales en el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral y los contencioso-administrativos en la Ley 19/1998, de 13 de julio. De este modo, y en la medida en

que el art. 21 de esta LO establece la posibilidad de revisión de las resoluciones que ponen fin a la vía administrativa⁹, debe entenderse que a partir de la publicación de la Ley será éste el proceso que debe seguirse para la interposición del recurso contencioso-administrativo.

El plazo de adaptación de nuestro ordenamiento interno a esta Directiva cumple el 10 de octubre de 2006.

4. CONCLUSIONES

PRIMERA.- La evolución del derecho de extranjería en nuestro ordenamiento ha sido errática y ha estado condicionada por la masiva entrada de inmigración ilegal, ante la que los Gobiernos han venido mostrando un bajo nivel de eficacia no solamente legislativa, sino asistencial y hasta insensible a las exigencias humanas del problema. En el fondo de esa situación lo que se percibe es una ausencia de una política migratoria por los poderes públicos, en parte por la dificultad intrínseca de la dimensión de un problema que desborda las posibilidades del Estado social, pero en muy buena parte también por la escasa sensibilidad de algunas posiciones políticas que en lugar de ver en los emigrantes una fuente de riqueza cultural ven en el mestizaje una amenaza de valores arcaicos e insolidarios.

SEGUNDA.- Ciertamente hay que decir que no se trata de una situación fácil y que en un cierto sentido supera las posibilidades de una solución en el marco de la legislación estatal. De ahí la necesidad de que a esa Directiva sucedan en el Derecho europeo otras normas y posiciones políticas en materia de extranjería que puedan no solamente unificar criterios jurídicos, sino ir planteando una política europea en materia de extranjería, que condicione la acción de los Gobiernos con exigencias humanitarias en las soluciones a la emigración ilegal, que eviten situaciones de hacinamiento, con clara lesión de los derechos humanos.

TERCERA.- Y, naturalmente, junto a la homogeneidad como condición importante para el desarrollo legislativo interno, hay que pensar también en

⁹ El art. 21 de la Ley 5/1984, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, dice que "las resoluciones previstas en la presente Ley pondrán fin a la vía administrativa y serán recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa, salvo en el caso de que haya sido presentada la petición de reexamen a que se refiere el art. 5.7, en que se entenderá que se pone fin a la vía administrativa la resolución que decida dicha petición. Los recursos tendrán tramitación preferente". Esta redacción no se contenía en la Ley 5/1984, sino que se contiene en la Ley 9/1994, de 19 de mayo, por la que se modificó muy ampliamente.

que esta legislación vaya ampliando progresivamente los derechos de los emigrantes en lo que se refiere a las garantías procesales, de defensa de sus derechos, cobertura de derechos sociales en términos de igualdad con los nacionales y, progresivamente, vaya desapareciendo la discriminación que fomenta la xenofobia.