

La reforma de la Ley de Asilo: una norma bajo sospecha

Ramón SAEZ VALCARCEL

La modificación de la ley 5/1984, de 26 de marzo, que regulaba el derecho de asilo y la condición de refugiado, se inscribe en la política de cierre de fronteras en las que se han embarcado nuestros Estados. El endurecimiento de las estrategias relacionadas con los extranjeros encuentra su justificación histórica en la crisis económica de los años setenta y el consiguiente incremento de los flujos migratorios. El objetivo declarado es proteger el islote de bienestar —bien que en el interior de las sociedades desarrolladas existen grandes bolsas de miseria— en el que vivimos, como si se tratara de un espacio cerrado.

Tras la caída del muro de Berlín, la Europa económica se ha adelantado a levantar nuevos muros frente a los países del Este y del Sur, que ya no representan una frontera ideológica sino una barrera entre privilegiados y desfavorecidos.

En las postrimerías de este siglo apasionante y contradictorio resuenan los diálogos de refugiados que creara Bertolt Brecht:

«El *rechoncho*

El pasaporte es la parte más noble del hombre. Y no es tan fácil de fabricar como un hombre. Un hombre puede fabricarse en cualquier parte, de la manera más irresponsable y sin ninguna razón sensata; un pasaporte, jamás. De ahí que lo reconozcan cuando es bueno, mientras que un hombre puede ser todo lo bueno que quiera y, sin embargo, no ser reconocido.

El *alto*

Puede decirse que el hombre sólo es el titular mecánico de un pasaporte. Le ponen el pasaporte en el bolsillo interior tal como se mete un paquete de acciones en la caja de caudales que, en sí misma, carece totalmente de valor, pero contiene objetos valiosos».¹

La reforma del derecho de asilo, reconocido en el artículo 13.4 de la Constitución, vino inducida por la presión de los foros europeos (Grupo Trevi y Schengen) que establecieron normas comunes en materia de extranjería y represión del terrorismo y del tráfico de drogas, con la finalidad de impermeabilizar las fronteras exteriores de la Comunidad. En concreto, el Convenio de Dublín fijó como criterio de competencia para conocer de la demanda de asilo la responsabilidad del Estado que hubiera permitido la entrada del extranjero, ya se hubiera producido legal o ilegalmente.

La estrategia era la de impedir la entrada al territorio de los posibles demandantes. Para ello algu-

nos Estados debieron modificar sus constituciones: La República Federal Alemana el 28 junio 1993 y Francia por ley de 25 noviembre 1993².

La exposición de motivos de la ley 9/94 hablaba, en sintonía con una Proposición no de ley del Congreso de fecha 9 abril 1991, de impedir la utilización fraudulenta del sistema de protección a los refugiados con fines de inmigración económica y de agilizar el examen de las peticiones.

CONTENIDO DE LA REFORMA

Tres fueron los ejes de la modificación:

- a) se establecía en el artículo 5.6 un trámite de admisión de la solicitud cuando concurriesen determinadas circunstancias, algunas de gran alcance como para provocar una decisión anticipada sin conocer el fondo del asunto. Así, cuando el refugiado se considerase como un peligro para la seguridad del Estado (prevista en el art. 33.2 de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el estatuto de los refugiados) hubiese cometido delitos de guerra, contra la paz o la humanidad, un grave delito común o fuese culpable de actos contrarios a los principios de las Naciones Unidas. También podrá rechazarse la demanda cuando se fundamentare en hechos, datos o alegaciones manifiestamente falsos o inverosímiles.
- b) El artículo 5.7 en su apartado tercero dice que cuando la petición fuera presentada en la frontera, durante la tramitación de la solicitud el demandante «permanecerá en el puesto fronterizo, habilitándose al efecto unas dependencias adecuadas para ello». Ninguna otra explicación contiene la ley respecto a esa «permanencia» en la frontera salvo que la resolución debería notificarse en el plazo máximo de los cuatro días siguientes, que podría ser recurrida (petición de reexamen) en las veinticuatro horas siguientes y resuelta definitivamente en dos días. Las decisiones se atribuyen al Ministro del Interior y el Delegado en España del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (el acuerdo de establecimiento es de 14 marzo 1988) podrá intervenir con mecanismos de información y audiencia.
- c) Por fin, la interposición del recurso contencioso-administrativo contra esa resolución sólo suspenderá el acto cuando el representante

¹ Brecht, B., *Diálogos de Refugiados*. Alianza editorial, Madrid, 1994, pág. 9.

² Ver *Boletín de Legislación Extranjera*, num. 149-150, marzo-abril, 1994, págs. 3 y 102.

del ACNUR hubiera informado favorablemente la admisión a trámite de la solicitud de asilo.

En principio, los propios grupos parlamentarios que enmendaron el proyecto de ley (CIU, IU, PNV y Coalición Canaria) así lo entendieron, la reforma planeaba sobre derechos esenciales del Estado democrático: la libertad física y la tutela judicial efectiva.

GIRO EN LA POLITICA DE ASILO

El derecho de los refugiados se define en torno del principio de *non-refoulement*, es decir, que nunca deberán ser reenviados a su país de origen. El artículo 33.1 del Convenio de Ginebra lo enuncia así: ningún Estado podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de territorios donde peligran su vida o su libertad por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o de sus opiniones políticas.

A partir de las políticas diseñadas y puestas en práctica por los Estados desarrollados se ha abandonado ese principio y sustituido por el de no entrada al interior de nuestros territorios³.

Ese cambio de perspectiva tiene efectos monstruosos sobre unas personas, los refugiados, carentes de cualquier mecanismo de protección. Han roto los lazos con su país de origen y no obtienen amparo en los que históricamente acogían a los perseguidos. Claro está, que ahora desaparecida la guerra fría y la división en bloques del planeta, los refugiados no tienen rentabilidad política alguna: no sirven a los fines de la propaganda del sistema (refugiados del Este o cubanos antes de la salida masiva de los balseros que ha tenido lugar en estos meses).

La legislación de extranjería está plagada de normas de rango inferior a la ley, desconocidas muchas de ellas por que no se publican, como circulares e instrucciones, lo que hace imposible su control y el de quienes las aplican. Se habla de un infraderecho que puede variar sin repercusión pública, debido al sector de población al que se dirige⁴.

Un ejemplo: La Orden General de la Policía del día 26 de setiembre de 1994 difundía entre los miembros del Cuerpo una Instrucción de la Secretaría de Estado de Interior sobre tratamiento a polizones. Entre los criterios que impartía varios afectaban a solicitantes de asilo. El polizón permanecerá, se dice, en el buque bajo la responsabilidad del capitán mientras se resuelve sobre la admisión a trámite y el eventual reexamen, salvo que los plazos previstos en la ley excedieran del tiempo de estadía del buque en territorio español en cuyo caso se le trasladará a las dependencias «que se habiliten» en el puesto fronterizo. Inadmitida la solicitud el polizón

³ James C. Hathaway: «L'urgence d'une politique de non-entrée», *Frontières du droit, frontières des droits L'introuvable statut de la «zone internationale»*, Editions l'Harmattan, Paris, 1993, pág. 65.

⁴ López Garrido, Diego: *El derecho de asilo*, ed. Trotta, Madrid, 1991, pág. 140.

⁵ Eva Kjaergaard: «Les pratiques nationales», *Frontières du droit, frontières des droits*, ya citada, pág. 63

deberá —ironías del destino— continuar viaje en el barco.

Además, los refugiados viven una situación de angustia y ansiedad derivada de las condiciones de su posible persecución. Desconocen las legislaciones de los Estados a los que reclaman ayuda, las prácticas procesales, y el propio idioma. Su posición es de extrema vulnerabilidad y desamparo frente al poder de las policías encargadas, en el puesto fronterizo, de la tramitación de sus demandas y de su detención⁵.

El Gobierno federal alemán reconoció en el Parlamento que desde octubre de 1990, 15 extranjeros asilados a quienes se les había denegado el derecho, que se encontraban bajo custodia policial para proceder a su expulsión, habían muerto. En la mayoría de los casos se habían suicidado⁶. En Madrid, se produjo un caso similar, el del iraní Shatah que murió tras precipitarse por el balcón de su casa cuando la policía acudió en su busca para expulsarlo. Estos hechos dan noticia del riesgo que implican para la vida de los afectados decisiones de esta naturaleza.

La situación se agrava en el momento en que son aislados en la zona internacional de nuestros aeropuertos o en otras dependencias de las fronteras, donde la Administración trabaja con sigilo y discreción. De hecho los únicos casos que se conocen se refieren a personas que eran esperadas por familiares o amigos y que pudieron acudir al auxilio de abogados para reaccionar frente a la actuación policial. Actuación que se beneficia de los márgenes de discrecionalidad, cuando no franca arbitrariedad, que permite una normativa deliberadamente ambigua y poco respetuosa con los controles jurisdiccionales.

RAZONES PARA LA INQUIETUD

La reforma que nos ocupa implica una amenaza cierta para bienes, derechos y garantías reconocidos en nuestra Constitución.

En primer lugar, no se explica por qué se confía al Ministerio del Interior la decisión en materia de asilo. El Grupo parlamentario catalán⁷ enmendó el proyecto para que se residenciara en el Ministro de Justicia la competencia en la materia, al entender que no se trataba de un problema de seguridad interior del Estado. La absorción de Justicia por Interior, hace casi retórica esta discusión pero plantea un nuevo motivo de preocupación sobre la bondad de ese proceso.

La ambigüedad e indeterminación de los supuestos previstos como causa de inadmisión a trámite de la demanda, como ya vimos, supone una apuesta por ampliar ese espacio policial autónomo, libre de ataduras y controles del derecho. Al contrario, en este ámbito la actuación administrativa debe orien-

⁶ *El País*, jueves 27 de octubre de 1994, cuyo corresponsal recordaba el caso del filósofo y escritor Walter Benjamin, de cuyo suicidio por miedo a ser entregado a los nazis se cumplió el cincuenta y cuatro aniversario

⁷ Ver en relación a las enmiendas presentadas por los grupos parlamentarios del Congreso el *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, 29 de octubre de 1993.

tarse por criterios de prudencia y, sobre todo, de sometimiento de sus decisiones al dictado de los Tribunales, en atención al carácter irreversible para la vida y libertad de las gentes de una medida de devolución al país de origen.

En un trámite tan sumario como el previsto, sin intervención de letrado, sin las garantías propias del proceso, sin período de prueba ni posibilidad material de llevar a cabo una mínima investigación, el actor privado de libertad y sin poder para acreditar sus inquietudes y sospechas (téngase en cuenta que en muchos casos el soporte fáctico de la petición del refugiado se sostiene sobre una impresión subjetiva de que será perseguido por determinados hechos, comportamientos o actitudes, lo que hace ya difícil la prueba) permitir a la Administración que rechace directamente una solicitud supone elevar a categoría la sospecha sobre sus intenciones.

Pero, donde la reforma evidencia una especial dureza es cuando prevé la detención del refugiado hasta un plazo de siete días en la frontera, durante la sustanciación del procedimiento de admisión. Detención que no se reconoce en la ley como tal y a la que se priva de cualquier estatuto jurídico.

La ley se limita a consignar que el solicitante «permanecerá» en el puesto fronterizo. Los legisladores eran conscientes de lo que implicaba esa medida. No en balde varios grupos parlamentarios, entre ellos IU el único que planteó una enmienda a la totalidad, pero también CIU, PNV y Coalición Canaria, consideraron que se trataba de adoptar una privación de libertad e interesaron la intervención del Juez de Guardia para autorizarla por encima de las setenta y dos horas. Como se sabe las enmiendas no prosperaron.

LA ZONA DE TRANSITO INTERNACIONAL

Tradicionalmente los Estados receptores de refugiados y emigrantes han pretendido que la zona internacional de las fronteras era un espacio al margen de su territorio y de su jurisdicción⁸. Se pretende así eludir cualquier mecanismo de control y responsabilidad consustanciales al Estado de derecho.

Esa pretensión no tiene amparo en el derecho internacional. El anexo nueve de la Convención de Chicago de 7 diciembre de 1944 sobre aviación civil, que cita el Defensor del Pueblo en su recurso de inconstitucionalidad contra esta ley, define las zonas de tránsito de los aeropuertos como zonas especiales que se establecen bajo la jurisdicción inmediata del Estado en cuyo territorio se encuentran. Se trata de territorio nacional, como no podría ser menos en un espacio donde actúan la Administración y sus agentes.

Debido a las prácticas policiales⁹ esas zonas se

⁸ Ver Sáez, R.. «Barajas. el forastero ante el 'sheriff'». *Jueces para la Democracia, Información y debate*, núm. 18, 1/93, págs. 18 y ss.

⁹ Para conocer la situación entre otros países, y apreciar las similitudes en el tratamiento jurídico, se puede consultar la obra citada *Frontières du droit...*, donde se describe como actúan las Administraciones de EE.UU., Canadá, Francia, Alemania, Reino Unido, Benelux y países nórdicos.

convierten en auténticos espacios de no derecho, sustraídos al derecho. Es la frontera de nadie, donde inmigrantes y refugiados reciben la bienvenida de los países desarrollados y soportan sus políticas de clausura de fronteras.

Es difícil cuando no imposible conocer lo que allí ocurre. El secreto es la garantía de una eficaz actuación administrativa que a nadie interesa. Por ello las ONG que trabajan en este campo, no está autorizadas a entrar en esas zonas, aunque así lo solicitó algún grupo parlamentario.

Todavía hay prácticas más perversas. Los Estados Unidos establecieron una frontera exterior en la base militar de Guantánamo (Cuba) para aislar y concentrar a los refugiados del régimen militar de Haití. El Convenio de Schengen posibilita la sanción a las compañías transportistas cuando permitan viajar a personas mal documentadas, lo que significa una inaudita delegación de funciones de policía de fronteras, en perjuicio de los ciudadanos extranjeros¹⁰.

LA DETENCION Y SUS GARANTIAS

Nos enfrentamos, otra vez, a una nueva modalidad de privación de libertad, encubierta por la ley, a la que se priva del sistema de garantías previsto en el artículo 17 de la Constitución.

El demandante de asilo aguardará hasta siete días en las «dependencias habilitadas» mientras se tramita su petición. De allí no podrá salir. Es evidente que se alza un obstáculo insalvable a la capacidad de determinar su voluntad. La zona de tránsito está vigilada por personal de seguridad de manera permanente.

El Defensor del Pueblo así lo entendió y por ello ha recurrido la ley ante el Tribunal Constitucional.

No se respetan ninguna de las garantías previstas en la ley para proteger el derecho a la libertad. Ni el plazo (principio de limitación temporal de la detención policial) ni la intervención judicial a partir de ese momento, ni la asistencia letrada, la intervención de un intérprete ni la atención médica. Tampoco se prevé el habeas corpus para controlar la legalidad y regularidad de la injerencia en la libertad.

Una situación que permite el sistema desde el momento en que se niega a reconocer lo evidente, denominar detención (que contempla el artículo 5.1 f del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos) a la sujeción de un individuo a un lugar determinado.

Otro motivo de discordia, en consonancia con lo anterior, es la fijación de una modalidad de privación de libertad que no respeta el principio de reserva de ley del artículo 81.1 de la Constitución, ya que sólo por ley orgánica (la que reformó el derecho de

¹⁰ En Gran Bretaña, la ley de inmigración de 1987 considera delictiva toda violación a las obligaciones de las compañías transportistas que pueden ser, además, sancionadas a sufragar los gastos de la detención del extranjero en el centro de Harmondsworth, cerca de Heathrow, y del reenvío a su lugar de origen (ver, Alison Stanley, «Statut juridique de la zone internationale: l'expérience du Royaume-Uni. (La situación des requérants d'asile», en *Frontières du droit*, ya citada, pág. 126).

asilo no lo era) pueden desarrollarse los derechos proclamados en la sección 1.ª del capítulo segundo del Título Primero de la norma superior.

Por último, la ley sólo permite la suspensión del acto administrativo de denegación a trámite de la solicitud, lo que conlleva la devolución del demandante a su país de origen, cuando el ACNUR hubiese informado favorablemente.

La previsión nos sitúa años atrás cuando la ley de extranjería 7/1985 preveía en el inciso segundo de su artículo 34 una norma con la misma finalidad: lograr la efectividad inmediata de la resolución administrativa. Aquel precepto fue expulsado del ordenamiento jurídico por la sentencia del Tribunal Constitucional 115/1987, que consideró la desposesión a los Tribunales de sus facultades naturales de suspender la ejecutividad de los actos de la Administración, respecto a ciertos casos y grupos de personas, como una vulneración de la tutela judicial efectiva y del derecho a la igualdad, cuya consecuencia era el debilitamiento del sistema de garantías necesario para proteger los derechos fundamentales y para controlar el uso arbitrario o injustificado de los poderes de injerencia sobre tales derechos.

Con la pretensión de obviar ese reproche los grupos parlamentarios que votaron la ley llegaron al acuerdo, propiciado por el Gobierno, de introducir una cautela insólita: se confiaba una garantía esencial, que permite el acceso a los Tribunales y la posibilidad de que estos suspendan la eficacia de la decisión administrativa, a un organismo internacional, el ACNUR.

Esa fórmula es desconocida en derecho comparado. Implica una desconfianza hacia el Poder Judicial e introduce en nuestro sistema de tutela de derechos a un organismo internacional, dependiente de Naciones Unidas, al que no se le puede controlar en su actuación desde nuestro ordenamiento ni exigirle responsabilidades.

Además, se trata de una entidad que carece de la estructura básica de medios para acometer esa empresa. La situación es incómoda desde la perspectiva del sistema porque desplaza los mecanismos ordinarios de intervención y control y sugiere una situación de crisis de las institucionales que no existe.

UNA LEY BAJO SOSPECHA

A solicitud de diversos grupos y colectivos que trabajan en el ámbito de los refugiados el Defensor del Pueblo recurrió ante el TC, el 28 de agosto pasado, la ley de asilo. De esa manera se ha cuestionado la

legitimidad de la norma, que ya se encontraba bajo sospecha.

Pero, ¿qué está ocurriendo mientras tanto? Un informe de la Comisión Española de Ayuda al Refugiado, fechado el 1 de agosto pasado, describía la situación:

1. Los solicitantes de asilo no reciben asistencia letrada, lo que a juicio de esa ONG constituye una grave indefensión.
2. Conocen casos de personas que han permanecido en las dependencias de la zona internacional por tiempo superior al del plazo estipulado por la ley. «En ocasiones, dicha permanencia ha superado los 20 días sin que existan causas legales justificativas de esos hechos». Un Juzgado de Instrucción de Madrid entendió de una demanda de habeas corpus de dos mujeres de color que llevaban diez días detenidas en el Aeropuerto de Barajas, a quienes se les había denegado a trámite la petición de asilo y el reexamen. La decisión judicial consideró que la detención, a partir de la notificación de la resolución de reexamen, carecía de cobertura legal, estimó el amparo y acordó su libertad¹¹.
3. La Oficina de Asilo y Refugio estaba contando los días señalados en la ley como hábiles y no naturales, lo que demoraba la resolución del caso.

De esa manera se ha vaciado de contenido el derecho de asilo, se han endurecido las políticas de extranjería con desprecio hacia la situación de quienes se ven obligados a huir de persecuciones injustas y se ha degradado el sistema de libertades. Malos tiempos para los derechos y las libertades de los ciudadanos.

Esta no es una forma cabal de afrontar el problema de la inmigración. Como decían la Comisión de Ayuda al Refugiado y la Asociación de Derechos Humanos, en el informe que presentaron al Defensor del Pueblo solicitando que recurriera la ley, «la mejor y más justa forma de atacar la utilización abusiva del régimen de asilo por parte de los inmigrantes económicos debe ser el establecimiento de una verdadera política de inmigración por parte de los países europeos y de la comunidad internacional, hoy inexistente, que controle, regule y distribuya este importante e inevitable fenómeno moderno de desplazamiento de poblaciones con sentido realista y solidario y no combatir el derecho de asilo, mediante restricciones y medidas de contención que amenazan gravemente su misma existencia».

¹¹ Ver *El País*, jueves 20 de octubre de 1994.