

DOSSIER: LA INFRA-CONDICION DE EXTRANJERO

El hecho inmigratorio en Europa y la crisis del modelo de protección jurídica del asilo y el refugio*

Diego LOPEZ GARRIDO

I. Las corrientes migratorias en el final del siglo XX. Los nuevos flujos de refugiados en Europa

Si ha habido un cambio de naturaleza histórica en el continente europeo en el último tercio del siglo XX, ha sido la configuración completamente novedosa de las corrientes migratorias.

Un solo dato nos puede dar idea del volumen de la transformación producida. En 1959, el momento en que entra en vigor el Tratado de Roma, que funda la Comunidad Económica Europea, las tres cuartas partes de los trabajadores inmigrantes en el área de la CEE eran originarios de Italia (teniendo en cuenta, no obstante, que en ésa época Argelia era todavía territorio francés). En 1973, la proporción se invierte. Las tres cuartas partes de los trabajadores inmigrantes vienen de países exteriores a la CEE, y representan el 4 por 100 de la población total¹.

Hasta ese momento, los nuevos flujos de mano de obra, a bajo precio, habían contribuido a la reconstrucción y al potente impulso económico de los años sesenta en Europa. Los trabajadores inmigrantes del sur de Europa y, después, de países del tercer mundo, se imbricaron profundamente en la Segunda Revolución Industrial Europea.

A partir de la crisis petrolífera de 1973, cambia por completo el marco económico. La inflación, la inestabilidad monetaria, la creciente tasa de paro, son fenómenos que se van consolidando de forma estructural en nuestro continente. La demanda de fuerza de trabajo por parte de los países en punta del desarrollo económico, centro y norte de Europa, se agota, pero los flujos migratorios no cesan, porque la crisis económica es aún más profunda en países no europeos subdesarrollados².

La migración de los años sesenta, explica Venturini, se produce en un contexto de crecimiento económico en el que estaban disponibles recursos a distribuir, y los trabajadores extranjeros entraron en el *corazón* del proceso productivo que necesitaba un elevado número de operarios poco cualificados, contribuyendo así directamente al desarrollo industrial en los países más desarrollados de Europa.

Sin embargo, en los años ochenta, la ralentización del crecimiento económico empezó a producir paro en un contexto económico diferente, ya que el desarrollo se caracterizaba por la prevalencia del sector terciario y las transformaciones tecnológicas de la actividad industrial que ya no necesitaba trabajadores poco cualificados, sino trabajadores con ciertos conocimientos y formación técnica. En este caso no iban a introducirse directamente en el proceso productivo, sino a situarse en una posición periférica de dirección de los procedimientos automatizados.

Esta situación contradictoria conduce al fenómeno de la ilegalidad o irregularidad de la actividad laboral, que no puede ser interpretada como una fase transitoria, sino que se está convirtiendo en una característica estructural del trabajo de los años ochenta y noventa. Es lo que se llama la economía sumergida. Eso lleva aparejado fórmulas nuevas de flexibilidad laboral y, en definitiva, de precarización del empleo.

Los flujos migratorios tienen una dinámica propia, autónoma, que hace tremendamente difícil su control y, desde luego, hace imposible su freno. Lo demuestra la política de clausura de fronteras que se pone en práctica en los años setenta y ochenta en Europa y que no logra frenar las entradas, aunque

* El presente texto es parte de un libro en preparación

¹ Para un estudio sumario de la reciente política migratoria en la Comunidad Europea, ver el trabajo de Claude Gueydan, «La politique migratoire de la Communauté Economique Européenne», en *Liberté de Circulation en Europe Economica*, Paris, 1989, pp. 129-141.

² Cfr. sendos trabajos de Raffaello Sestini y de Alessandra Ven-

turini publicados en un muy interesante y documentado número de *Democrazia e Diritto* (6, 1989) sobre el racismo y sobre el trabajo de los extranjeros en Europa. Los trabajos llevan por título, respectivamente, «La disciplina degli stranieri in Europa» y «Mercato del lavoro e lavoratori extraeuropei»; ver en especial, pp. 343-347 y 358-360.

sí convertirlas en entradas clandestinas y, parcialmente, desviarlas hacia peticiones de refugio o asilo (sólo parcialmente como veremos).

En efecto, las migraciones, que en principio están pensadas por parte de quienes las protagonizan, como una conducta temporal, ante las condiciones económicas de fondo se transforman en migraciones permanentes, y esto da una naturaleza diferente al problema.

En la base de todo ello está un fenómeno de mayor amplitud incluso que los límites del continente europeo, que es la internacionalización de la economía; la globalización de la economía mundial.

Si a ello le unimos las profundas crisis políticas y económicas de los países del tercer mundo, nos encontraremos con unos flujos migratorios de alcance planetario, que difícilmente pueden frenarse o evitarse por medio de políticas nacionales de cierre de fronteras o de persecuciones administrativas. Esto sólo hace cambiar el status de las personas afectadas, pero no cambia las causas de fondo de la problemática.

Así que, en los años ochenta surge como gran problema político en todos los países de Occidente el hecho inmigratorio. Adquiere una dimensión que no tenía anteriormente.

Así, por ejemplo, en Estados Unidos, en 1980, en lugar de los 450.000 inmigrantes que se esperaban hubo 1,3 millones de personas que entraron, incluyendo aquí a extranjeros admitidos en el marco de la política de cuotas, refugiados, inmigrantes especiales como cubanos y haitianos, y un número desconocido de trabajadores sin papeles de acreditación (*undocumented*) estimado en casi 500.000. Es una inmigración clandestina esta última que rompe cualquier tipo de previsión o programa gubernamental al respecto.

En el caso de los Estados Unidos hay que tener en cuenta que, además del problema puramente cuantitativo, que hizo que el Congreso temblase porque los Estados Unidos abrían los «control of its borders», sino que los nuevos inmigrantes no se asimilaban a la cultura americana, a diferencia de los flujos históricos anteriores. Esto sucedía, y sucede, con gran número de inmigrantes que solamente hablan español, y que difícilmente encajan con la cultura americana, entre otras cosas por la fuerza del idioma y de su cultura de origen³.

En los países europeos, los estudios más autorizados constatan siempre la misma tendencia. En los años ochenta la inmigración ha cambiado ya definitivamente de tendencia. Su origen es fundamentalmente del tercer mundo, y hay en ella un componente mayoritario que pasa a engrosar las filas de

la clandestinidad, ante la también creciente «política de stop» de todos los países de la Comunidad Europea⁴.

Respecto a España, el informe más fiable al respecto probablemente sea el realizado por el colectivo IOE, realizado para la Comunidad Europea, sobre «Efectos sociales y económicos de la inmigración en los Estados meridionales de la CE»⁵.

En España no parecen darse unas cifras tan espectaculares como en otros países del centro y norte de Europa. España ha sido históricamente un país de emigración, aunque ya lo es de inmigración. El número total de extranjeros se ha duplicado entre 1970 y 1988 en España, correspondiendo un mayor porcentaje de aumento a los procedentes de América Latina, Filipinas y África Central. En los últimos cinco años el volumen de inmigrantes no llegados de la Comunidad Europea se ha elevado en un 78 por 100. La mayor parte de ellos vienen de antiguas colonias españolas: América Latina, Filipinas, norte de Marruecos y Guinea Ecuatorial.

Según las estadísticas policiales al finalizar 1988 había en España 360.032 extranjeros en situación legal regular, cifra que el estudio al que nos estamos refiriendo corrige al alza para incluir a los menores de dieciocho años y a otras categorías de residentes regulares; con esta corrección los inmigrantes en situación legal se aproximarían al medio millón. A ellos hay que añadir los extranjeros en situación irregular, los clandestinos, cuyo número se estima en ese estudio en 294.000. Por tanto, el número total de extranjeros presentes en España se aproximaría a los 800.000. Eso supone el 2 por 100 de la población.

Los refugiados políticos reconocidos como tales por el Ministerio del Interior eran, al finalizar 1988, 20.925, provenientes principalmente de América Latina, Oriente Medio, Sudeste Asiático y África Negra.

Todo este nuevo fenómeno migratorio ha influido, qué duda cabe, en el asilo y refugio en Europa, en su problemática política y en sus proyecciones jurídicas.

Se ha elevado considerablemente el número de solicitantes de asilo en todos los países europeos.

Las estadísticas que poseemos, provenientes de diferentes fuentes, no son coincidentes. Por eso hemos optado por incluir en anexo las dos que principalmente hemos manejado: la de la OCDE y las del ACNUR.

Se manejen las cifras que se manejen, todas ellas manifiestan un crecimiento formidable de las personas que buscan asilo en Europa en los últimos lustros.

Si en 1972 se calculaban en 13.000 las personas que buscaron asilo en Europa (cifras del ACNUR),

³ Cfr. el trabajo de Aleinikoff sobre la regulación de extranjería en Estados Unidos, en *Die Rechtstellung von Ausländern*, T II, Springer, Berlin, 1987, pp. 1553-1556. Ofrece un apreciable estudio de la evolución histórica de las migraciones en ese país, y su paralela evolución legal.

⁴ Para Italia ver el número de *Democrazia e Diritto* cit., y los trabajos de D. Maffiolo, M. Matala, E. Pucilese y E. Sonnino en el número 1 (1990) de la revista *Polis* (Il Mulino). Para Francia ver el amplio estudio de François Duber, *Inmigration, qu'en savons nous?* en *Notes et Etudes Documentaires* (n.º 4887), París, 1989. En el n.º 4.886 hay otro interesanteossier: *De l'in migré au*

citoyen. Para el conjunto de la Comunidad Europea ver el Informe de la Comisión de 22 de junio de 1989 (SEC (89) 923 final) sobre *Integración social de los emigrantes de terceros países que residen de forma permanente y legal en los Estados miembro*. Asimismo ver el *Informe Anual 1989 de la Asociación Pro Derechos Humanos*; el capítulo dedicado a «Extranjeros», en especial pp. 57-60, y el trabajo «la inmigración en Europa Occidental», firmado por: Perferia, publicado en la revista *En Pie de Paz* sept. oct. 1988, pp 18 y s

⁵ El texto mecanografiado lleva fecha 15 de septiembre de 1989.

en 1985 la cifra se elevaba a 168.000. En 1990 se calcula en más de 200.000 los demandantes de asilo en Europa, con una tendencia imparable hacia arriba.

El súbito aumento en los demandantes de asilo ha situado a los sistemas jurídicos reguladores de la materia en una crisis de grandes proporciones.

Los países europeos han sido incapaces de «procesar», conforme a los procedimientos jurídicos habituales, la enorme demanda de asilo que ha sacudido a todo el continente en los últimos años. Y ello ha sido el pretexto para que los procedimientos de admisión se hayan hecho mucho más rígidos y hayan saltado por los aires muchos de los sistemas de garantía que trabajosamente se han ido edificando durante años. Nos hemos referido cumplidamente a ello páginas atrás.

Los Gobiernos entienden que la mayoría de los pretendidamente refugiados políticos son, en realidad, emigrantes económicos, que, ante el cierre de fronteras en este campo, sólo han encontrado la salida del estatuto privilegiado de refugiado, que obligaría a su admisión en los países de destino.

Apreciación que, estudiando atentamente los orígenes de los flujos migratorios, y las cifras, no es en absoluto exacta. Esta es la tesis sostenida por el ACNUR repetidamente. Concretamente, en cuanto a Francia, el especialista Frédéric Tiberghien, haciendo un minucioso examen de los flujos de asilo y los flujos migratorios en 1986, en su país, demuestra que el stock de refugiados de ese año no corresponde a los flujos tradicionales de mano de obra, que es la principal componente, directa o indirecta, de la inmigración en Francia y en los demás países europeos. La mayoría de las demandas de admisión de estatuto de refugiado continúan emanando de ciudadanos originarios de países en donde se ejercen persecuciones políticas⁶.

Sea como sea, las consecuencias políticas y jurídicas, no se han hecho esperar. El problema del asilo rápidamente se ha «europeizado» en los últimos años (Bolten), y la restricción a la demanda de asilo se ha hecho unánime, tanto en el nivel puramente nacional, de ejecución del Convenio de Ginebra de 1951, como, igualmente, y ésta es la novedad del momento, en el nivel de la Comunidad Europea⁷.

II. La reacción estatal: la precarización del asilo, visados y sanciones a compañías aéreas

La crisis producida en los flujos migratorios en Europa Occidental desde los años setenta agravada, de forma incontrolable, en los años ochenta, originó una reacción en los Estados europeos, aplicando lo que antes hemos llamado «política de stop».

Nuevas disposiciones administrativas y de rango legal incluso se dirigieron a frenar el movimiento migratorio, afectando a dos campos muy sensibles, como era la inmigración familiar o el reagrupamien-

to familiar, que era una de las fuentes de mayor llegada de inmigrantes a Europa y la cuestión de los refugiados, la cual, por su dimensión fuertemente política, permitía un margen de actuación importante a los Gobiernos.

Tanto en los procedimientos de admisión de demandas, como en la entrada al país, como en el Estatuto del demandante durante el tiempo de espera hasta la decisión a su solicitud, no se hicieron esperar las restricciones, las cortapisas y los obstáculos de todo tipo para esa carrera de obstáculos en que se ha convertido ya en Europa una demanda de asilo.

El país en donde más virulentamente se planteó la cuestión fue en la República Federal de Alemania. Precisamente aquel país en que su Constitución señala el derecho de asilo como un derecho subjetivo, con todas las garantías que cualquier otro derecho subjetivo de la Constitución alemana tiene.

La década de los ochenta está jalonada de disposiciones legislativas y de prácticas administrativas restrictivas del derecho de asilo. En 1980 el Gobierno alemán decidió prohibir a los demandantes de asilo que pudieran trabajar legalmente durante los dos años siguientes a su llegada al país. En 1981 disminuyó la ayuda social que se les suministra a los demandantes. En 1982 se les empezó a obligar a vivir en alojamientos comunes que se parecen mucho a campos de concentración. Después, siguió la política dura. Ahora, los demandantes de asilo no pueden trabajar durante los cinco primeros años de su estancia (prohibición que se limita a un año para las personas originarias de Europa del Este). La ayuda pública se ha transformado en ayuda «en especie». Además, los controles en las fronteras se han reforzado; hay obligación de presentar visado y se ha establecido el sistema de multas a las compañías aéreas que infrinjan esta legislación.

El deterioro en la asistencia social que la República Federal de Alemania da a los demandantes de asilo ha sido tal que el diputado europeo Heinz Oskar Vetter, ponente del dictamen que, en nombre de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Derechos Cívicos del Parlamento Europeo, se aprobó el 23 de febrero de 1987, no duda en calificar a dicha asistencia social de «humanamente indigna». Para Vetter, es una más de las medidas adoptadas por el Gobierno alemán para «ahuyentar» a los solicitantes de asilo en la República Federal⁸.

En la República Federal de Alemania el problema se complica porque, en el confuso asunto de los asilados influía la fuerte inmigración proveniente de la entonces Alemania Democrática. Es lo que se ha llamado la migración de los *Aussiedler* o alemanes de Europa del Este. Toda la política de la República Federal ha sido favorecer esta inmigración, en detrimento de la de los países del tercer mundo habitualmente inmigrantes en la República Federal de Alemania, especialmente procedentes de Turquía.

El debate ha tomado incluso características político constitucionales. El 20 de febrero de 1989 se pro-

⁶ F. Tiberghien *La protection des réfugiés en France*, Economica, Paris, 1988, p. 18.

⁷ José J. Bolten «The Right to seek asylum in Europe», *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 1989, n. 4, p. 383.

⁸ Vid. página 17 del Dictamen, cit. supra.

dujo un «hearing» sobre política de asilo y refugio en la Comisión Parlamentaria de Interior del Bundestages alemán (*Innenausschuss des Bundestages*).

Expertos de organizaciones no gubernamentales, de organizaciones defensoras de derechos humanos, del ACNUR, profesores de Universidad, miembros de la Adjudicación y de la Administración fueron escuchados en esa Comisión. La discusión se concentró en lo que ya se ha planteado abiertamente como necesario: cambiar la cláusula del derecho de asilo de la Constitución (artículo 16.2).

En Alemania se empezaban ya a oír voces hace algún tiempo señalando que era necesario el suprimir ese derecho como derecho subjetivo dado el creciente número de demandantes de asilo y la necesidad de llegar a una armonización europea sobre esa cuestión.

En ese debate aparecieron términos tan irritantes como «Reserveasylland» y «Restasylland of Europe», por emplear las palabras en inglés. Fueron términos empleados por los que temen que sin un cambio constitucional la República Federal de Alemania se convertiría en un país «reserva» para el asilo de Europa.

El dictamen Vetter refiere otros casos de países europeos en los que a lo largo de los ochenta se han ido implantando medidas claramente represivas del derecho de asilo⁹.

Bélgica implantó en 1983 el visado obligatorio para los principales países de origen de los refugiados, y en enero de 1986 lo hizo extensivo a otros países, las compañías aéreas pueden incurrir en responsabilidad, y son obligados a indemnización, si transportan refugiados desprovistos de visado.

Dinamarca exige también un visado para la mayoría de los países de origen de los refugiados. Para evitar los subterfugios utilizados por los demandantes de asilo, en virtud de un acuerdo de finales de 1985, entre la República Democrática Alemana, Dinamarca y Suecia, los nacionales de países del Oriente Próximo y Oriente Medio y del sudeste asiático no pueden obtener de la RDA un visado de tránsito a menos que posean un visado válido de entrada para Dinamarca o Suecia. El objetivo era frenar la creciente inmigración de tamiles. Desde septiembre de 1986 existen en Dinamarca procedimientos de control en la frontera, con arreglo a los cuales se deniegan en el plazo de cuarenta y ocho horas las solicitudes «manifiestamente infundadas». También se han establecido las sanciones a las compañías aéreas.

También Francia exige visado. Desde 1981 era necesario para casi todos los nacionales de países del tercer mundo. Desde el 15 de septiembre de 1986, todos los extranjeros, exceptuando los de los países de la Comunidad Europea y los suizos, necesitan visado de entrada.

Para hacer frente al aumento el número de ciudadanos turcos, demandantes de asilo, que entraban en Suiza ilegalmente (cerca del 95 por 100 de las personas demandantes de asilo en Suiza entraron

ilegalmente en 1988), el Gobierno modificó la Ley de Asilo en octubre de 1988 para establecer un procedimiento acelerado. Este procedimiento llamado *Verfahren 88*, se basa en el conocido sistema de las demandas «manifiestamente infundadas» que se resuelven a gran velocidad. Estos demandantes de asilo no pueden trabajar en los primeros tres meses de su estancia en Suiza. Una disposición maravillosa para los demandantes, comparada con las prohibiciones de la República Federal de Alemania o de España. Una vez decidida la solicitud, el demandante de asilo tiene cinco días para dejar voluntariamente Suiza.

Mientras que, en teoría, el procedimiento acelerado es aplicable a todas las nacionalidades, en la práctica está pensado básicamente para turcos. Nacionales a los que no se puede devolver (Sri Lanka, Iran, Irak, Afganistán, Etiopía, Somalia), se excluyen de ese procedimiento.

A pesar de todo ello, los aumentos del número de demandas de asilo siguen siendo de más del 50 por 100 anual. De lo que demuestra que los nuevos procedimientos no sirven de mucho para evitar la entrada de demandantes de asilo. Junto a ello, el número de decisiones positivas disminuye constantemente (entre 600 y 700 al año). Y ello en un contexto de prosperidad económica.

Suiza también está siguiendo la política de conceder permisos de estancia, por razones humanitarias, que no llegan a tener el status de refugiado¹⁰.

En Austria se ha seguido una política parecida a la de Suiza. El Gobierno hizo aprobar en mayo de 1988 un procedimiento de urgencia, con la idea de aplicarlo a las demandas de húngaros y polacos, que entraban en el país sin necesidad de visa, aprovechando su presencia como turistas (el 42 por 100 de las demandas de asilo provienen de polacos en Austria, el 17 por 100 de húngaros).

Posteriormente, también se aplicaron procedimientos de urgencia a rumanos y yugoslavos.

En Austria, como en otros sitios, ha crecido considerablemente el número de refugiados *de facto*.

En Austria se da un fenómeno que es muy parecido al de otros países. Las autoridades se resisten a establecer políticas de integración para los refugiados que viven ya en Austria. Con ello no quieren servir de incitación («pull factor») para que más demandantes de asilo lleguen al país. El 1 de enero de 1989 se estimaba que había 17.000 refugiados reconocidos residiendo en Austria. Hay que tener en cuenta que Austria tiene una larga tradición de país de tránsito para refugiados y emigrantes que tienen su último destino en Estados Unidos, Canadá y Australia. En los últimos años, este flujo de tránsito se ha atenuado, aunque en 1988 un total de 5.177 demandantes de asilo emigraron a Canadá (43 por 100), los Estados Unidos (38 por 100) y Australia (17 por 100)¹¹.

España, en fin, tampoco se ha quedado atrás en la política restrictiva del derecho de asilo. Desde 1979 a 1988 se han concedido sólo 2.769 estatutos de refugiado de 18.000 solicitudes presentadas. De

⁹ Pág. 19 *ibidem*

¹⁰ Datos suministrados por la Oficina central Suiza de Ayuda

al Refugiado (OSAR).

¹¹ Datos del ACNUR.

1984 a 1988 se han concedido 1.748 asilos de 8.093 solicitudes presentadas. En 1989 se han concedido 6 refugios de 2.721 solicitudes presentadas y 175 asilos de 1.183 solicitudes presentadas.

En la Memoria que la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR) aprobó respecto del año 1988 se observaba lo que denomina política de *númerus clausus* en cuestión de asilo. A ello se le une una política selectiva, de signo «nacionalista europeo», favorecedora de refugiados provenientes de los países del Este; y una política de *regionalización*, consistente en que los africanos acogen a los africanos, los latinoamericanos a los latinoamericanos, etc.

Para CEAR, esta política del Gobierno español se manifestaba en hechos tales como: impermeabilización de las fronteras, con medidas cada vez más restrictivas y devoluciones a sus países de origen de solicitantes de asilo; deficiencias notables en la información, asistencia del letrado y disposición de traductores; aplicación restrictiva de la normativa vigente; denegación generalizada de permisos de residencia y trabajo y, en su caso, de la condición de apátridas, a quienes solicitan la regularización de su situación legal tras su rechazo como asilados o refugiados; expulsiones de quienes han sido solicitantes rechazados de asilo y refugio.

La medida de desproveerles de toda documentación, una vez que les ha sido notificada la resolución denegatoria, incluso aunque hayan interpuesto el correspondiente recurso, convierte a estas personas en presa fácil de las expulsiones, con el argumento de que incurren en causas de expulsión, por indocumentados. En muchos casos, se incumplía también el principio del *non-refoulement* que ampara a toda persona, aunque haya visto rechazada su solicitud¹².

Como vemos, la política restrictiva en cuanto al asilo y el refugio es un lugar común en Europa en la década de los ochenta. Previsiblemente va a endurecerse más en los próximos años.

De todas las medidas que antes hemos hecho referencia, que tienen un sentido «disuasorio» para los futuros demandantes de asilo, destaca, porque ofrece una perspectiva jurídica interesante, la de sancionar las compañías aéreas que transporten a demandantes de asilo sin visado.

La transferencia de la autoridad del Estado a las compañías aéreas constituye un problema que llega a afectar al propio Derecho Constitucional, como pusieron de manifiesto Luuk y Altug, en el informe que presentaron sobre la situación de los iraníes refugiados en Turquía, a la Comisión de Emigración, Refugiados y Demografía de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (5 de diciembre de 1988)¹³.

Hasta el momento, nuestras informaciones son que en los siguientes países se sanciona a compañías aéreas por ese motivo: Australia, Bélgica, Brasil, Canadá, Dinamarca, República Federal de Alemania, Nueva Zelanda, Tailandia, Reino Unido, Noruega, Holanda, Suiza, Estados Unidos.

La legislación sobre sanciones a compañías aéreas no es la misma en todos los países. Sin embargo, los siguientes elementos son comunes a las regulaciones en cuestión.

- Deber de todo transportista aéreo de llevarse a un pasajero desde un país, al que ha llegado sin documentación apropiada;
- Obligación del transportista de pagar los costes de estancia de ese pasajero;
- Multas a las compañías aéreas que transporten a personas no documentadas, que no sean nacionales del país de destino.

La legislación de varios países no distingue entre refugiados y demandantes de asilo y otros extranjeros. Todos están metidos en el mismo saco.

La responsabilidad de las compañías aéreas en llevarse del país, de nuevo, a pasajeros a los que se les ha denegado su admisión por las autoridades del Estado, es algo que ha sido autorizado por Convenios Internacionales. Pero el llegar a imponer a las compañías aéreas el coste del tiempo de estancia del demandante que ha estado detenido en la frontera, e imponer multas a las compañías aéreas puede considerarse como un desarrollo dramático en las responsabilidades de inmigración de dichas compañías¹⁴.

Estas sanciones a las compañías aéreas son contradictorias con la letra del artículo 31 del Convenio de Ginebra, que acepta que hay una justificación para la entrada ilegal de los demandantes de asilo. Es absolutamente claro que un Estado parte del Convenio de Ginebra tiene que someterse a las obligaciones derivadas de ese Convenio, a los preceptos del mismo y a la interpretación de dichos preceptos.

El artículo 31 del Convenio de Viena sobre derecho de los tratados, establece como principio fundamental de interpretación del tratado el siguiente:

«Un tratado debe ser interpretado de buena fe de acuerdo con el sentido ordinario de los términos de tratado, en su contexto, y a la luz de sus objetivos y finalidades.»

Los principios de *buena fe* y *pacta sunt servanda* son declarados en el preámbulo del Convenio de Viena como principios «universalmente reconocidos».

Pues bien, el Convenio de 1951 fue negociado en un contexto concreto; en la necesidad de responder a los requerimientos de un grupo especialmente vulnerable de personas: aquellos refugiados que son incapaces de volver a sus propios países y necesitan una protección internacional y una solución duradera para sus problemas.

Parece claro que las sanciones a las compañías aéreas, unida a la prohibición de entrar en un país sin visado, es una limitación determinante para que personas necesitadas de refugio se decidan a huir de su país y a buscarlo en otro. Esto es precisamente

¹² Memoria de la Comisión Española de Ayuda al Refugiado, 1988, pp. 49-50.

¹³ Council of Europe, Strasbourg, 5 December 1988, AAR9. OR.

¹⁴ Cfr. Erik Feller, «Transport Carrier and Refugee Protection», *The role of Airline Companies in the Asylum Procedure*, Danish Refugee Council, Copenhagen, July 1988, p. 8.

¹⁵ Cfr. *ibidem*, p. 10.

te lo que señaló la decisión del Tribunal Administrativo de Francfort de 13 de octubre de 1987¹⁵.

El Convenio de Chicago sobre Aviación Internacional (1944) en ninguna forma requiere o anima a los países a imponer exigencias de documentación, ni tampoco apoya la imposición de multas u otras sanciones contra las compañías de transporte aéreo. Al contrario, el anexo 9 al Convenio señala que las compañías «no serán multadas en el caso en que documentos de control en posesión de un pasajero sean... inadecuados o... el pasajero no sea admitido...». El anexo 9 señala que los Estados partes del Convenio «no requerirán de los visitantes temporales que viajen por aire ningún otro documento de identidad más que un pasaporte válido» y «extenderán al máximo número de países posible la práctica de la abolición de visada de entrada para visitantes temporales».

Por tanto, la exigencia de visado y las sanciones impuestas a las compañías aéreas, probablemente las novedades más restrictivas y vulneradoras del Derecho de Asilo que se hayan tomado hasta el momento por los Estados, contrarían de forma flagrante los acuerdos adoptados por los Estados que firmaron el Convenio de Chicago.

En realidad, estamos ante unas exigencias que son de imposible cumplimiento. Es difícil que un Estado, cuyo comportamiento político produzca muchos refugiados, permita a agentes extranjeros de una organización internacional llevar a cabo un procedimiento para la determinación de si una persona puede o no puede ser calificada como refugiado¹⁶.

Estas prácticas contrarias al Derecho de Asilo han hecho levantarse críticas en diversos foros, del que habría que destacar el del Parlamento Europeo. Conviene citar la Resolución de 12 de marzo de 1987 del Parlamento Europeo, en la que demanda a los Estados miembro a adoptar una política más generosa respecto de los demandantes de asilo y, en este sentido, señala que el régimen de visado no debe impedir o limitar ninguna posibilidad de asilo y que el demandante de asilo debería tener la libertad de elegir su país de asilo en el interior de la Comunidad.

En el mismo año, entre el 3 y 5 de abril, el Congreso Europeo sobre el Derecho de Asilo celebrado en Bruselas, bajo la égida del Parlamento Europeo, manifestó las inquietudes de los participantes ante la multiplicación de legislaciones restrictivas en materia de asilo¹⁷.

Hay que decir, por último, que todas estas enormes preocupaciones que han surgido en los Gobiernos europeos no se corresponden con la realidad de las cifras. A veces, sólo las cifras permiten apreciar la dimensión real del problema. Si tomamos solamente el caso de la República Federal de Alemania, que es donde teóricamente se ha producido la política de asilo más liberal desde la Segunda Guerra Mundial, vemos que el número total de refugiados

reconocidos desde entonces no supera los 70.000; es decir, menos de 1.500 demandantes de asilo han sido reconocidos cada año.

A pesar de ello, la preocupación de los Gobiernos se ha situado en el orden del día de las reuniones al nivel de la Comunidad Europea. Porque, si el Parlamento Europeo se ha mostrado como un ardiente defensor del Derecho de Asilo, el Consejo de Ministros de la Comunidad se ha manifestado como una institución decidida a terminar con ese problema mediante el acuerdo europeo global. Al considerarse insuficiente las políticas nacionales, se ha entrado en la estrategia europea, en la coordinación de las políticas de los Estados europeos en materia de asilo.

Dos concepciones relativas a esa estrategia han coexistido, se han opuesto y se han confrontado.

La primera es el modelo de Schengen, defendido por los Estados parte en ese Acuerdo (República Federal de Alemania, Francia y el Benelux). Pero también por otros Estados de Europa del Norte. Según esa concepción se considerará responsable del examen de la demanda de asilo el Estado que haya dejado entrar al extranjero en la Comunidad, el que le haya otorgado un permiso de estancia o un visado de entrada, o el que no haya sabido o podido evitar su entrada, ilegal o clandestina. Así, cada país miembro soporta las consecuencias de la calidad mayor o menor de sus controles, de los que pone en marcha en sus fronteras exteriores.

Frente a esa concepción, los Estados mediterráneos han defendido, aunque muy tímidamente por lo que parece, una teoría de la responsabilidad menos drástica: reconocen la responsabilidad del Estado que ha otorgado a un demandante de asilo un permiso de estancia, pero la rechazan cuando la entrada se ha producido por motivos de turismo o de forma clandestina. Es lógica esta actitud. La extensión de las fronteras marítimas de España, de Italia o de Grecia, muy difícilmente controlables, así como la importancia de la economía turística, hacen muy difícil aceptar la responsabilidad del modelo Schengen.

Lamentablemente se ha impuesto el primer modelo. Esto es lo que se deduce del Convenio sobre Armonización de Asilo recientemente aprobado, por los Gobiernos de los países que integran la Comunidad Europea¹⁸.

III. TREVI: El convenio para la determinación del Estado responsable de examinar las demandas de asilo presentadas en uno de los Estados miembro de la Comunidad Europea

El grupo TREVI fue creado el 29 de junio de 1976, en Luxemburgo, en el transcurso de una reunión de ministros del Interior y de Justicia de los entonces

¹⁶ Cfr. H. Meijers, «Possibilities for Guaranteeing Transport to Refugees», en *The Role*, cit., p. 19.

¹⁷ El texto completo de las Conclusiones de las Segundas «Assises européennes sur le Droit d'Asile» (3, 4 y 5 de abril de 1987) puede verse en F. Tiberghien, op. cit., pp. 42 a 46.

¹⁸ Cfr. C. Norek et F. Doumic-Doublat, *Le Droit d'Asile en France*, P.V.F., París, 1989, pp. 119 y s.

¹⁹ Según Claude Norek, estas prescripciones no contradicen el Derecho Comunitario. Vid. «Le Droit d'Asile en France dans la perspective communautaire», *Rev. Fr. de Droit. Adm.*, 5 (2) 1989, pp. 202 y ss.

miembros de la CEE. El nombre TREVÍ proviene de las finalidades iniciales de ese grupo que eran tratar sobre: Terrorismo, Revolución, Violencia.

España se incorporó a ese grupo como miembro observador en 1979. En 1986, a partir del ingreso de España en la CEE, se integró con voz y voto, ejerciendo la presidencia el primer semestre de 1989.

El grupo TREVÍ se ha creado con la finalidad de reforzar la cooperación entre los servicios de Policía de los países que integran la Comunidad Económica Europea, aunque no tiene un estatuto formalmente integrado en la Comunidad. Este le permite no tener que someterse a las exigencias políticas y jurídicas del sistema comunitario europeo.

Aunque, en sus orígenes TREVÍ no tenía la intención de tratar problemas de asilo, a medida que esto se ha convertido en una cuestión contemplada por los Gobiernos europeos con una visión de orden público, y no de derechos humanos, TREVÍ ha empezado a estudiar, en su interior, medidas contra el «abuso del derecho de asilo». El tipo de consultas es aún más confidencial que el que llevó al Acuerdo Schengen.

En el interior de TREVÍ se ha consolidado el llamado grupo *ad hoc* de inmigración. Es el grupo que ha venido trabajando para ultimar tres Convenios, que no se aprobarán en el seno de la Comunidad, sino con un escenario intergubernamental. Estos tres Convenios son:

- Convenio por el que se determina el Estado responsable de aceptar, en cada caso, las solicitudes de asilo presentadas en uno de los Estados miembro.
- Convenio sobre control de las fronteras externas comunitarias y política de visados.
- Convenio relativo a la cooperación sobre asuntos criminales.

El primer resultado de los trabajos del Grupo *ad hoc* de Inmigración ha sido la firma del primero de los Convenios citados el 15 de junio de 1990. Lo firmaron en Dublín los ministros responsables de inmigración de ocho países miembros de la Comunidad (todos menos Dinamarca). En las declaraciones efectuadas por el ministro de Justicia de Irlanda, Ray Burke, con motivo de la firma del Convenio en el Castillo de Dublín, se refirió, asimismo, al interés mostrado por Austria, Suiza, Noruega y Suecia, para incorporarse a este Convenio.

En la declaración que hicieron los ministros firmantes del Convenio se hace una reafirmación de las obligaciones del Convenio de Ginebra de 1951 y del Protocolo de Nueva York de 1967, y se asegura que el objetivo del Convenio es evitar los llamados «refugiados en órbita» y asegurar que al menos un Estado va a responsabilizarse de examinar y tramitar las demandas de asilo.

Teóricamente, el Convenio no intenta enmendar las prescripciones legales internas de los Estados, en cuanto a la forma de examinar las demandas de asilo, sino sólo regular las relaciones entre los Estados miembro, para evitar a los mencionados refugiados en órbita, así como las múltiples, sucesivas

o simultáneas, demandas de asilo presentadas por un extranjero en más de un Estado.

No debió verlo tan inocuo ese texto el Parlamento Europeo cuando aprobó una Resolución más, en junio de 1990, como un intento desesperado de evitar la firma, tanto del Acuerdo Schengen como del Convenio relativo al Derecho de Asilo y al Estatuto de los Refugiados del Grupo *ad hoc* Inmigración.

Los tres criterios básicos alrededor de los cuales se desarrolla todo el contenido del Convenio son los siguientes:

1. Es responsable para examinar y tramitar una demanda de asilo el Estado que haya expedido un permiso de estancia o de viaje, que haya hecho posible al demandante entrar en el territorio de la Comunidad.
2. En defecto de tal permiso de estancia o de viaje, es responsable para el examen de la demanda el Estado que ha dejado, voluntaria o involuntariamente, entrar al demandante por las fronteras exteriores a la Comunidad.
3. En defecto de pruebas o de otros elementos objetivos sobre los dos anteriores criterios, es responsable el Estado en el que se haya depositado la demanda de asilo¹⁹.

Como decíamos anteriormente, se ha impuesto en la Comunidad Europea la tesis de los países del Centro y Norte de Europa, para los que es muy importante asegurar que todos aquellos inmigrantes que entran por las fronteras externas de la Comunidad de España, de Italia o de Grecia, no van a plantear problemas de asilo en sus países, haciendo para ello responsabilizarse del examen de la demanda a los que han dejado entrar, voluntaria o involuntariamente, a esa persona en el territorio de la Comunidad.

Este no es el criterio que hubiera favorecido a España y a los países mediterráneos. Tras la aprobación del Convenio, es previsible que, ante la avalancha de demandas de asilo de las que se hará responsable a nuestro país, las autoridades de inmigración y los responsables de decidir sobre temas de asilo van a extremar la rigidez de su política.

De otra parte, es muy dudoso que el contenido del Convenio no vaya frontalmente contra el Convenio de Ginebra de 1951. La filosofía de este Convenio es la libre elección del país de asilo, la obligatoriedad de atender cualquier demanda de asilo que se haga y la responsabilidad de cada Estado firmante.

Como en Schengen, el Convenio firmado el 15 de junio de 1990 prevé un intercambio de informaciones generales y de informaciones individuales entre los Estados miembro. No se sabe qué garantías van a existir para el derecho a la intimidad. Algunos de los Estados que integran la Comunidad Europea, por ejemplo España, ni siquiera tienen una legislación de protección de datos y de la intimidad personal frente a los abusos en el tratamiento informatizado de los mismos.

Hay dos principios básicos en que se ha sustentado el Derecho de Asilo, en su aspecto limitado del Estatuto del Refugiado desde que el Convenio de Ginebra entró en vigor hace cuarenta años. Se trata

²⁰ M. G. Melander, «rapport General», en *Le droit d'Asile*, cit.,

p. 171.

del principio de prohibición del *refoulement*; y del principio de respeto por los Estados del derecho de cualquier otro Estado a otorgar el asilo a quien lo busca.

El Acuerdo Schengen y el Convenio de 1990 ponen muy en duda que tales principios vayan a seguir vigentes en el futuro. Y, muy probablemente, los nuevos mecanismos no van a poder solucionar el problema de fondo.

Como dice Goddwin-Gill, y recuerda Melander, sólo hay tres formas posibles de resolver el problema de los refugiados: el repatriamiento voluntario, el establecimiento en el país de residencia o el reestablecimiento en un país tercero²⁰.

Los problemas del asilo son de tipo estructural, transnacional, y difícilmente pueden ser evitados con fórmulas puramente represivas, que no tratan la cuestión desde la perspectiva de los derechos humanos, sino desde la perspectiva del orden público.

El tratamiento del Derecho de Asilo no sólo debe desprenderse de las preocupaciones obsesivas por el orden público, sino que también es necesario que se le separe de algo a lo que ya va absolutamente unido en la mente de los Gobiernos europeos, que es el problema de la inmigración. Hay una cierta idea fija que piensa que el problema de la inmigración, que obedece a causas muy profundas, no solucionables por una vía meramente jurídica, va a resolverse poniendo obstáculos y dificultando el Derecho de Asilo.

Lo que hay en el fondo de todo es una crisis del modelo que ha regido las demandas de asilo en Europa y que se pensó en su día para un problema localizado en el Continente y para situaciones que siempre se contemplaban como transitorias. De ahí que la regulación del Convenio de Ginebra tenga características muy individuales, difíciles de extender cuando las demandas de asilo se hacen masivas.

Todos estos elementos básicos del sistema de protección jurídico de Ginebra se han venido abajo en los últimos años. Las demandas de asilo no vienen de Europa sino del tercer mundo; esas demandas no son individuales y de «goteo» sino que se presentan en aluvión; y, por último, quizá el dato más importante, éste ya no es un problema transitorio sino que se ha transformado en estructural.

No vendrán las soluciones por la vulneración directa o indirecta de las garantías del Convenio de Ginebra; ni por las prácticas administrativas arbitrarias; ni por Acuerdos «milagrosos» entre Estados. La alternativa de solución real pasa por asumir las nuevas características del Derecho de Asilo en la Europa de casi el siglo XXI y adaptar los instrumentos jurídicos a esa nueva situación, manteniendo y ampliando el nivel de protección.

En última instancia, sólo se trata de mirar al derecho de asilo no como un fastidioso problema, sino como lo que es, un derecho humano fundamental, que debe ser siempre protegido, por encima incluso de las poderosas *razones de Estado*.