

Ponencia: La reforma del derecho de asilo por la Ley 12/2009
Por el Prof. Dr. D. Pablo Santolaya Machetti*

El Boletín Oficial del Estado de 31 de octubre de 2009 publicó la Ley 12/2009 reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, sustituyendo a la Ley Orgánica 5/1984, nuestra primera normativa, que a su vez había sido profundamente reformada por la Ley 9/1994.

El objetivo de mi intervención, obviamente, analizar la nueva ley. Sin embargo creo que ese estudio solo es posible adoptando una visión, digamos histórica, de nuestra normativa que tenga en cuenta tres elementos:

1.- La ley 5/84 fue una norma sumamente generosa para el derecho de asilo, pero estaba redactada a partir de categorías al menos confusas, y regida por principios incompatibles con la legislación de extranjería entonces también recién aprobada y, sobre todo, con los primeros pasos en la comunitarización de esta materia, que había optado por una especie de agenda oculta ciertamente discutible desde el punto de vista de los derechos humanos, consistente, en frase de JOLLY, en pasar “del liberalismo descoordinado a las restricciones armonizadas”.

2.- La profunda reforma del asilo llevada a cabo por la Ley 9/94 es por tanto consecuencia, fundamentalmente, del proceso de comunitarización del asilo, inevitable en una Europa sin fronteras a partir de Schengen. Sin embargo esta europeización de nuestra normativa – que se plasma sobre todo en los procedimientos de inadmisión a trámite y de tramitación en frontera - origina un largo periodo de incertidumbre sobre la constitucionalidad de estas novedades, y, además, una práctica restrictiva del asilo, a juzgar por el elevado tanto por ciento de solicitudes que son inadmitidas a trámite y la escasísima cifra de reconociendo del estatuto en nuestro país, aspectos éstos sobre los que volveré más adelante.

3.- Por último la nueva ley de asilo que ahora analizamos no se aprueba como consecuencia de necesidades internas de nuestra normativa. La STC 53/2002 pareció suponer la consolidación jurídica y política de nuestro sistema de asilo. Sin embargo los ulteriores avances en la comunitarización de esta materia han hecho inevitable una nueva reforma. Sin embargo en este punto me gustaría hacer dos precisiones que tienen una cierta trascendencia:

La primera de ellas es que, a pesar de haberse plasmado en una nueva ley, la importancia material de la reforma es incomparablemente menor que la de 1994, entonces hubo una simple reforma pero un cambio de modelo, ahora hay una nueva ley pero no un nuevo modelo.

La segunda, y expreso en este punto una visión personal ciertamente discutible, es que en esta ocasión nos llegan de Europa buenas noticias para el estatus de nuestro derecho de asilo y ello en dos aspectos, la drástica disminución de los casos en los que será de aplicación el procedimiento de inadmisión a trámite, al menos cuando el procedimiento no se desarrolla en frontera, y el establecimiento legal de cuotas de reasentamiento. Creo, en consecuencia que hay razones para un moderado (euro) optimismo.

Bien, comienzo el breve recorrido histórico que proponía con la Ley 5/84, y lo hago, muy injustamente, para resaltar dos aspectos criticables de un texto que sin duda marcaba un alto estándar de protección.

El primero es que cree que es posible distinguir refugio y asilo; que “refugio” era el derecho de los perseguidos a tramitar su solicitud en España para obtener la condición de refugiado, decisión controlable judicialmente y “asilo” una protección graciable y discrecional, decida soberanamente – esto es sin control judicial - por el Estado español.

Tal dualidad, fue sin embargo rápidamente superada porque la ausencia de control judicial era incompatible con el artículo 24 de la Constitución, y, también, por la absoluta incapacidad de la mayoría de los solicitantes – y sus abogados- para precisar que es lo que estaban pidiendo – asilo o refugio- por lo que optaban por demandar las dos cosas, a la vez o sucesivamente. En este contexto la supresión de esta dualidad en la Ley 9/94 fue unánimemente aplaudida.

El segundo es que la mera solicitud suponía el derecho a entrar y permanecer en nuestro país mientras se resolvía sobre el fondo, incluidos recursos administrativos y judiciales, éstos últimos con carácter suspensivo, en virtud de la Ley 62/1978, lo que originaba un periodo de residencia legal tan dilatado que convertía en altamente improbable su salida obligatoria por endeble que fuera su petición de protección. En definitiva se propiciaba su utilización fraudulenta como alternativa a la endurecida Ley de Extranjería, y se hacía en un contexto europeo que circulaba en la dirección opuesta.

De manera que los ejes fundamentales de la reforma, realizada por la Ley 9/94, fueron los procedimientos de inadmisión a trámite y en frontera cuyo objetivo era impedir el acceso o lograr la expulsión de los que no merecieran el estatuto de refugiado, antes de que adquirieran un cierto arraigo.

Se crea así la inadmisión a trámite que implica el rechazo en frontera o la salida obligatoria o expulsión del país era posible en una serie de supuestos entre los que el más importante es la carencia de contenido material de su solicitud (56d).

Procedimientos que estaban siendo introducidos en todos los ordenamientos europeos, y que, aunque significaban objetivamente una reducción de garantías, habían sido autorizados de forma expresa, cuando no fomentados, por el Comité Ejecutivo de ACNUR que defiende la utilidad de tramitar con celeridad las solicitudes manifiestamente infundadas en beneficio de los auténticos refugiados. La importancia de este procedimiento se atestigua con el dato de que en el año 2007 – el último del que a día de hoy hay memoria oficial- el 54,8% de las solicitudes fueron inadmitidas.

Aún mucho más problemático resultó la introducción de un procedimiento de inadmisión en frontera, lo que a juicio del Defensor del Pueblo – y en ello fundamentó su recurso de inconstitucionalidad - se trataba de una detención, que superaba el plazo de 72 horas, sin intervención judicial y cuya regulación debía hacerse mediante ley orgánica por afectar a un derecho fundamental.

La STC 53/2002, de 27 de febrero, se dictó nada menos que siete años y seis meses después de la interposición del recurso y en la misma se recoge doctrina del TEDH, en particular de Amuur contra Francia, de 25 de junio de 2006, para concluir que existen limitaciones a la libertad de circulación que no son detenciones, que son lícitas en cuanto sirven para combatir la inmigración irregular y que no necesariamente están sometidas al plazo de 72 horas de las detenciones, siempre que se muevan en el margen de la proporcionalidad y estén controladas administrativa y judicialmente.

Esta sentencia, dictada por unanimidad, pareció poner fin a un largo debate jurídico consolidando jurídica y políticamente nuestro sistema de asilo.

Sin embargo, siete años después, nos encontramos con una nueva ley de asilo, que en mi opinión no obedece a la necesidad de cambios internos, sino sobre todo a la de trasponer normativa comunitaria, y en particular la Directiva 2004/83/CE, del Consejo, conocida como directiva de reconocimiento, y la Directiva 2005/85/CE, conocida como directiva de procedimientos.

Normas que obligaban a introducir en nuestro ordenamiento figuras inexistentes en la ley de asilo español, como la protección subsidiaria internacional o a definir aspectos que tampoco tenían una expresa recepción normativa en nuestro país, como los actos de persecución, los motivos de persecución, los agentes de persecución o los agentes de protección. Sin embargo las novedades en todos estos campos son mucho más aparentes que reales, entre otros motivos porque buena parte de su contenido venía siendo pacíficamente aplicado por los tribunales españoles sobre la base de anterior normativa comunitaria, por ejemplo la Posición común relativa a la aplicación armonizada del término refugiado, antecedente, en ocasiones literal de la Directiva de protección.

No hay por tanto, aparentemente, grandes novedades en la ley, y, en realidad podemos decir que sólo por motivos formales se trata de un nuevo texto y no de una reforma del existente.

Sin embargo, en mi opinión, hay dos aspectos claves del texto que permiten adoptar una posición relativamente optimista porque apuntan en la buena dirección con relación a los dos principales problemas que, en mi opinión presentaba el texto anterior y que son:

El primero **jurídico**, el relativo a los problemas para los derechos fundamentales de la aplicación diaria y masiva de procedimientos de inadmisión.

El segundo **no estrictamente jurídico**; la escasa tasa de reconocimiento del derecho de asilo en la práctica en nuestro país.

Con relación a los procedimientos de inadmisión el texto supone un importante avance en cuanto que, como consecuencia de la normativa europea, no pueden ser aplicados en territorio nacional (artículo 20 de la ley) más que por falta de competencia de nuestro país, o por incumplimiento de requisitos procesales, y en ningún caso por motivos de fondo, es decir “por carencia manifiesta de contenido”... que era el supuesto más frecuentemente aplicado. Parece claro que al menos en este aspecto la ley merece una acogida positiva.

La situación en frontera es, sin embargo, distinta y un punto más compleja. La lectura del artículo 21 de la ley parece prever un doble procedimiento, de inadmisión para los supuestos del artículo 20 y de denegación en cuatro días para los que proceden de país seguro del que además poseen la nacionalidad, los supuestos de exclusión o denegación, los manifiestamente fundados... y los de carencia manifiesta de contenido.

Y es con relación a estos últimos con los que surgen problemas porque aparentemente se ha sustituido el antiguo procedimiento de inadmisión a trámite por otro que no es el ordinario ni el de urgencia previstos en la normativa europea. No tengo claro si esto es posible. Habrá que esperar, me temo, a la regulación reglamentaria, y, sobre todo, a la jurisprudencia para aclarar este trascendental extremo.

Pero en mi opinión el principal problema de la ley hasta ahora vigente era la **escasa tasa de reconocimiento**, con cifras de refugiados notablemente inferiores a las que corresponderían a nuestro país; Según las dos últimas memorias de la Oficina de Asilo públicas, en el año 2006 fueron 168 las personas reconocidas, y en el año 2007, 225. Resulta aún más significativo señalar que el número total de refugiados en España el 31 de diciembre de 2007, era de 2008.

Alguna explicación hay que buscar a cifras tan significativamente desproporcionadas a la importancia de España en el contexto internacional. Es posible que la primera tentación sea tachar de restrictiva nuestra normativa y/o la práctica administrativa. Sin embargo, no creo que pueda mantenerse con rigor que esa es su principal causa.

A eso apunta, por lo menos, los datos sobre el control judicial de las decisiones de la Oficina de Asilo. En el año 2007 las sentencias estimatorias del derecho de asilo en contra de la decisión gubernativa afectaron exclusivamente a 8 personas, un 2,93% del total de las dictadas contra denegaciones del derecho de asilo, y las estimatorias de la admisión a trámite favorecieron a un total de 89 personas, un 8,25 % de las dictadas en este procedimiento, cifras que sin duda, significan un notable grado de acierto por parte de la Administración en la aplicación de la ley a los casos concretos, probablemente muy superior al que se da en cualquier otro procedimiento administrativo.

Tengo la impresión de que las causas que provocan que nuestro país no reciba *espontáneamente* el número de refugiados que correspondería a su potencial económico y social hay que buscarlas en otro sitio, y no son precisamente jurídicas. Pero sean las que sean, para resolver el problema son dos las posibles vías a utilizar.

La primera, hartamente discutible, hacer de nuestro ordenamiento un ejemplo de concesión facilitada del estatuto, reduciendo el estándar internacional.

La segunda, mucho más correcta, paliar ese déficit mediante la fijación de una cuota de reasentamiento de refugiados ya reconocidos, y esto es a lo que parece apuntar la Disposición Adicional Primera de la Ley, en la que se afirma que los refugiados reasentados en España tendrán el mismo estatuto que los aquí reconocidos, que se elaborarán programas de reasentamiento en colaboración con ACNUR y otras organizaciones, y, sobre todo, que el Consejo de Ministros acordará un cupo o contingente anual.

Es con toda seguridad prematuro pronunciarse sobre los eventuales efectos de este texto, pero no puede dejar de resaltarse el carácter imperativo del precepto por el que el Consejo de Ministros, “acordará anualmente” ese contingente de reasentamiento, que si bien no garantiza un número mínimo adecuado, si parece obligar al Gobierno a cuantificarlo todos los años. También hay que aludir a la importancia que a este precepto parece dar la Exposición de motivos de la ley que lo considera “un instrumento eficaz para garantizar la protección internacional de las personas”, insistiendo, unos párrafos más adelante en que con él se trata de “hacer efectivo el principio de solidaridad y de dar cumplimiento al designio constitucional de cooperar con el resto de los pueblos de la tierra”.

Veremos lo que dan de si tan elevados deseos en tan profunda crisis económica como la que parecemos, pero, en cualquier caso, me parece justo señalar que este precepto abre un mecanismo que, debidamente aplicado, permitiría a nuestro país completar la cuota de solidaridad que le corresponde, y que si esto se convierte en una realidad, esta Disposición Adicional será el precepto clave de la recién aprobada Ley de asilo.

* El Prof. Dr. D. Pablo Santolaya Machetti es Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Alcalá. Ha sido Letrado del Tribunal Constitucional, Director General en los Ministerios de Justicia e Interior y Consultor de Naciones Unidas y el Consejo de Europa.