

¿REFORMA O RETROCESO EN ESPAÑA?

El derecho de asilo en peligro

La crisis financiera tiene efectos devastadores en España. La tentación de respuestas de repliegue es enorme. Es el consabido caldo de cultivo para enviar mensajes simplistas a los atribulados ciudadanos, como sucede a propósito de la inmigración, mediante el recurso al argumento de la preferencia nacional, que sugiere que se ha alcanzado el límite de la solidaridad y hay que reordenar las prioridades en los servicios y prestaciones.

Por JAVIER DE LUCAS *

El Gobierno español presentó, el 12 y el 19 de diciembre de 2008 respectivamente, dos importantes proyectos de reforma de ley: uno relativo a la *Ley de Asilo y de la protección subsidiaria*, y otro sobre la conocida popularmente como "Ley de extranjería" (*Ley orgánica de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*) (1). En ambos casos, con la loable pretensión de mejorar el nivel de derechos y adecuar nuestra legislación al marco europeo —a partir del programa que se enuncia en el Pacto europeo sobre inmigración y asilo, aprobado en la cumbre de París de los 16 y 17 de octubre de 2008—, se introducen reformas que suponen un recorte más que preocupante (en el caso del derecho de asilo, ya sumamente deteriorado (2)), se podría hablar de *jibarización* y envían a la ciudadanía española un mensaje que puede tener efectos estigmatizadores.

La primera pregunta que debemos formular atañe a la necesidad y oportunidad de estas revisiones. Dicho de otra manera, ¿están justificadas? ¿es el momento y el procedimiento oportuno para llevarlos a cabo?

En lo que se refiere a la primera, los argumentos en los que se apoya el proyecto se inscriben en las dos líneas justificativas citadas. Así, de un lado, el proyecto sería un avance en el estándar de protección internacional de este derecho y ello porque, al decir de la exposición de motivos, "equipara los dos estatutos en que ésta se traduce, el estatuto de refugiado y la protección subsidiaria" (3), "recoge de forma expresa las características de género y de orientación sexual como causas que pueden dar lugar al reconocimiento del estatuto de refugiado", y "facilita el reasentamiento a un número de refugiados establecidos en países limítrofes al de su origen y donde, pese a ser refugiados, no tienen garantizada la no devolución a éste" mediante la fijación de un cupo anual y con la intervención del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), además de regular con precisión el papel del ACNUR. En la segunda línea argumentativa, la armonización con el modelo europeo comienza por la contribución de esta reforma al objetivo prioritario de distinguir con claridad los ámbitos del asilo y la extranjería, y aduce la conveniencia de recoger las últimas orientaciones de la normativa europea.

LA OBSESIÓN DE CONTROLAR LA INMIGRACIÓN

Respecto a la segunda, se alegan de nuevo los dos tipos de argumentos. Primero, ampliar el reconocimiento de derechos, aunque, en realidad, no es tanto una libre decisión política, sino la ejecución del mandato del Tribunal Constitucional que, en diferentes Sentencias en noviembre y diciembre de 2007 relativas a recursos interpuestos sobre todo (no sólo) por algunos Parlamentos autonómicos, declaró inconstitucionales disposiciones de la ley 8/2000 que negaban derechos fundamentales a los inmigrantes irregulares (mal llamados *sin papeles*). Además, la exigencia de ajustar la legislación española a las directivas europeas y a los postulados expresados en el referido Pacto europeo de asilo e inmigración, encaminados a crear un Sistema Europeo Común de Asilo (SECA). Finalmente, los cambios en el fenómeno migratorio y las condiciones actuales del mercado de trabajo, en medio de una profunda crisis. Se trataría de una reforma positiva, pues extendería derechos y nos homologaría con lo que postula la UE.

Pero las críticas son evidentes. De un lado, es preciso clarificar de qué se habla cuando se invoca la necesidad de armonizar nuestro ordenamiento con la normativa europea. Y así, respecto al asilo, conviene recordar, como ha advertido el ECRE (Consejo Europeo para los Refugiados y los Exiliados) (4), que las directivas de la UE son normas mínimas, es decir, que no justifican regresiones o recortes. En materia de interpretación y aplicación del derecho comunitario, el criterio básico es siem-

pre el de la prioridad de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad; por eso la cláusula reiterada que recuerda que los Estados tienen competencia para aplicar la norma más favorable, es decir, que la aplicación de las directivas europeas (por ejemplo, la triste mente célebre directiva de retorno) se supedita siempre a aplicar la norma viógenita más favorable a los derechos.

Dicho de otra forma, como ha insistido la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR), los cambios legales deben recoger lo que es considerado como mínimo en las directivas, cuando sea necesario y no exista norma nacional mejor que sea aplicable, no afectando a aquellas materias en las cuales la protección, las garantías y los derechos reconocidos superan el contenido de la misma; por tanto la política de la UE no obliga a ningún recorte, si se apuesta por esta opción se hará desde la responsabilidad de cada gobierno (5).

Lo que nos conduce al segundo test. En efecto, no basta con afirmar, como argumento justificativo, que se trata de reformas progresistas que amplían derechos. Hay que examinar, en efecto, si los derechos en concreto se ven ampliados en su reconocimiento y garantía. Y aquí el balance es mucho menos positivo de lo que se pretende e incluso resulta seriamente preocupante. Quizá la objeción de fondo es la supeditación de la regulación del asilo a lo que parece constituir la prioridad de prioridades del Pacto europeo mencionado, la obsesión por "dominar" los flujos migratorios en propio beneficio y la fijación en el objetivo de "controlar la inmigración ilegal y adecuar todos esos movimientos de personas a las necesidades del mercado de trabajo europeo y de su



Del catálogo de la exposición Colección Circa XX Pilar Citoler, en el Círculo de Bellas Artes

CRISTIAN DOMECCO

economía productiva". Por eso, concretamente, el principal riesgo del Pacto europeo en materia de asilo, es que derive en una coartada que justifique que los Estados miembros sacrifiquen el asilo en aras de la eficacia en la lucha contra la inmigración clandestina.

Veamos, por ejemplo, el proyecto de reforma del asilo (6). Sin duda, este proyecto tiene aportaciones positivas. Entre ellas, el esfuerzo por sistematizar la normativa, el avance en la protección subsidiaria, el compromiso de abrir un cupo anual de reasentamiento de refugiados y el tratamiento de la dimensión de género. Pero es imposible ignorar los riesgos que el proyecto introduce precisamente en punto a garantizar de forma más amplia y eficaz el derecho de asilo.

En el informe presentado por CEAR acerca de este proyecto se argumentan esos retrocesos, comenzando por la definición misma de la protección internacional en que debe consistir el asilo, y que debería ampliarse en lugar de estrecharse, siguiendo por las reglas y condiciones de reconocimiento, los riesgos que afectan a la unidad familiar (algo que se aprecia también en la propuesta de reforma de la "ley de extranjería, uno de cuyos defectos fundamentales es el vaciamiento del derecho a la unidad familiar, al introducir un modelo hiper-restrictivo del reagrupamiento familiar), y el trato a menores y otras personas vulnerables.

Pero baste con tres ejemplos: de entrada, resulta preocupante el recurso —que se ha demostrado restrictivo e incluso pernicioso— a la noción de listas de "países seguros" que excluirían la posibilidad de plantear la demanda de asilo, al no existir oficialmente "persecución". Además, debería corregirse el recorte del papel y de las atribuciones del ACNUR; y finalmente es inaceptable la eliminación de la posibilidad de solicitar el estatuto de refugiado en las misiones diplomáticas españolas. La primera de las objeciones supone una

incoherencia con el espíritu mismo de la Convención de Ginebra de 1951, al incorporar ese concepto de *terceros países seguros* y, de forma implícita, el de *países de tránsito seguros*. Esto permite ignorar lo que es decisivo en un derecho como el de asilo, el examen de las circunstancias personales de los solicitantes de asilo y, por el contrario, supone generalizar una práctica de rechazo automático de determinados tipos de solicitudes. La "mecanización" del procedimiento se refuerza por la decisión de mantener el actual procedimiento de inadmisión a trámite y su aplicación en frontera. Aun más, se refuerza este modelo procedimental y se introduce un nuevo "procedimiento acelerado", que supondría, de hecho, una nueva variedad de esta práctica tan generalizada. Además, no se contempla el acceso al recurso con efecto suspensivo de la salida obligatoria o procedimiento de expulsión.

En segundo lugar, aunque se crea un capítulo que sistematiza y da relevancia teóricamente a la función del ACNUR, desaparece la mención al ACNUR en el procedimiento en frontera y la garantía adicional de la suspensión del retorno cuando exista su informe favorable. Asimismo, se debilita el papel de las organizaciones sociales en el procedimiento, omitiendo cualquier referencia a su papel en el estudio de los casos en la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio o, al menos, la posibilidad de remitir informes de apoyo. Es grave además el debilitamiento de la asistencia letrada en una referencia genérica a la formalización de la solicitud de asilo. Por último, resulta difícil de aceptar la medida que supone la desaparición de la posibilidad de solicitar asilo en España por vía diplomática. En un contexto de creciente dificultad en el ejercicio de este derecho, esta desaparición desvirtúa la institución del asilo y la transforma en una figura decorativa sin incidencia real en una situación mundial en la que no ce-

san de incrementarse los motivos que obligan a millones de personas a huir de su país para buscar refugio seguro.

CEAR ha propuesto partir de un concepto de derecho de asilo más amplio, más adecuado a los cambios que ha experimentado la sociedad internacional. Sostiene que debe eliminarse la diferenciación entre el derecho de asilo, la condición de refugiado y la protección subsidiaria y superar el marco estrecho de la definición de la Convención de Ginebra de 1951 y del protocolo de Nueva York de 1967. El punto de partida de una reforma progresista debería ser este nuevo concepto del derecho de asilo que se definiría así: "El derecho de asilo es la protección otorgada a las personas a quienes se reconozca la condición de refugiado en los términos definidos en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 21 de julio de 1951, y su Protocolo, suscrito en Nueva York el 31 de enero de 1967, o a las personas de otros países y a los apátridas que, sin reunir los requisitos para obtener el asilo o ser reconocidas como refugiadas, se den motivos fundados para creer que si regresasen a su país de origen en el caso de los nacionales o, al de su anterior residencia habitual en el caso de los apátridas, se enfrentarían a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves previstos en esta ley en virtud de compromisos regionales e internacionales y que no pueden o, a causa de dicho riesgo, no quieren, acogerse a la protección del país del que se trate".

Por otra parte, la interpretación restrictiva del temor a la "persecución", clave para identificar a los demandantes de asilo, debería ampliarse, de acuerdo con las recomendaciones de ACNUR pues no existe una definición universalmente aceptada del concepto de persecución; y los diversos intentos de formularla han tenido escaso éxito, por lo que se debería mantener una redacción con la suficiente amplitud que descarte prácticas restrictivas injustificadas: "*Toda amenaza contra la vida o la libertad de una persona por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas es siempre persecución*".

Es de esperar que el esfuerzo que realizan en este momento buena parte de los representantes de la sociedad civil permita que, por vía de enmiendas en el proceso de tramitación parlamentaria, se corrijan al menos estas deficiencias para acercarnos a uno de los elementos que definen una *sociedad decente*, como recordara Péguy: una "ciudad sin exilio". ■

© LMD EDICIÓN EN ESPAÑOL

(1) En el primer caso, se trata de la Ley orgánica de 26 de marzo de 1984 reformada sólo una vez, por la Ley 9/1994, de 19 de mayo. En el segundo, supone la cuarta reforma —en ocho años— de la LO 4/2000 de 11 de enero de 2000, modificada por la LO 8/2000, que introdujo importantes restricciones de derechos y luego por la Ley 11/2003 y la LO 14/2003.

(2) En el primer semestre de 2008, las solicitudes de asilo han descendido un 43,46 % respecto al mismo periodo del año anterior (de 4177 a 2361 personas, frente a los más de 20 millones de refugiados bajo mandato del ACNUR en el mundo). Véase el Informe 2008. La situación de los refugiados en España, Entimema, Madrid, 2008 y la información que se recoge en www.cesare.org.

(3) Se llama protección subsidiaria a la que se otorga a personas que no son reconocidas como refugiadas, pero que están necesitadas de una protección internacional por otros motivos.

(4) www.ecre.org.

(5) Por otra parte, conviene llamar la atención sobre las observaciones formuladas en el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo (CESE) sobre la "Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. Un sistema europeo común de asilo más eficaz: el procedimiento único como próxima fase".

(6) Parece útil contrastar las propuestas sobre el proyecto de ley formuladas desde CEAR, además del Manifiesto en defensa del derecho de asilo: www.ceares.org.

* Catedrático de Filosofía del Derecho (Instituto de derechos humanos de la Universidad de Valencia). Presidente de la Comisión española de ayuda al refugiado (CEAR).