

**LA VIGENTE
LEY REGULADORA
DEL DERECHO DE ASILO
Y DE LA CONDICIÓN
DE REFUGIADO ***

Luciano Parejo Alfonso

*Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Carlos III de Madrid*

**I. La Ley 5/1984, de 26 de marzo; sus características
y la experiencia acumulada en el período de su aplicación**



CONFORME a su exposición de motivos, esta primera regulación legal del asilo perseguía un doble objetivo: de un lado, cumplir el mandato contenido en el artículo 13.4 CE, y, de otro, ofrecer una solución jurídica al refugio, que considera un problema humano de hecho; siempre desde los criterios de solidaridad, hospitalidad y tolerancia,

* Ponencia presentada en el Seminario sobre el derecho de asilo, organizado por el Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, durante los días 12, 13 y 14 de diciembre de 1994.



que se entienden comprendidos en y deben, por tanto, inspirar el Estado democrático (una de las notas definitorias, con el carácter de valor superior, del Estado constituido, conforme al artículo 1.1 CE). Sintonzaba aquí el texto legal con la posición doctrinal¹ identificadora de la naturaleza del asilo justamente en su condición de problema humano que ha ido forzando progresivamente su configuración jurídica incluso al punto de su conceptualización como derecho humano fundamental.

Característica esencial y definitoria –atípica completamente desde el punto de vista del Derecho comparado– de la regulación legal justificada de la forma expuesta era la de descansar sobre la distinción entre asilo y refugio; distinción, que se traducía en dos estatutos diferentes: más amplio el primero, el del asilo, y definido el segundo –el del refugio y de conformidad con su entendimiento como contenido más nuclear y garantizado del asilo– por relación estrictamente al estatuto internacional de los refugiados y, más concretamente, el Convenio de Ginebra de 28 de julio de 1951 y el Protocolo de Nueva York de 31 de enero de 1967 (ambos parte integrante de nuestro ordenamiento desde la adhesión española a los mismos el 22 de junio de 1978).

Desde el reconocimiento implícito del carácter bifronte interno e internacional del derecho de asilo que se desprende de tal planteamiento y su consideración última como problema humano, se explica, pues, la intervención (consulta) concedida al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y a la Comisión Española de Ayuda al Refugiado en la elaboración misma de la Ley, como indica también su exposición de motivos.

La crítica doctrinal² se centró, así, en la aludida atipicidad del doble estatuto del asilo y el refugio, a la que es reconducible la configuración del primero como concesión graciable (en la línea de la concepción tradicional del asilo como acto de soberanía), por más que –supuesta dicha concesión– proporcionara al beneficiario un trato más favorable que el otorgado al resto de los extranjeros. Esta última circunstancia se tradujo en todo caso, en el período de aplicación de la ley, en una específica tensión entre el régimen del asilo-refugio y el ordinario de los extranjeros, con el resultado de una presión significativa sobre aquél; experiencia que, como luego se comprobará, va a influir en la modificación legislativa conducente a la regulación legal en vigor.

¹ Así D. LÓPEZ GARRIDO, *El derecho de asilo*, Ed. Trotta, Madrid, 1991.

² Por todos, D. LÓPEZ GARRIDO, *op. cit.* en nota 1, pp.

Si, en virtud fundamentalmente de su esencial remisión al significado y el alcance determinados internacionalmente, la ordenación referida al refugio mereció una opinión globalmente favorable, no puede decirse lo mismo respecto de la del asilo: aquí la indeterminación de las prescripciones legales, la amplia discrecionalidad otorgada a la Administración pública en su aplicación y la ausencia de suficientes garantías judiciales (el artículo 21 del texto legal ni siquiera hacía mención expresa de la procedencia del recurso contencioso-administrativo)³. De ahí la tesis doctrinal⁴ según la cual mientras mientras en la regulación del refugio el texto legal manejaba conceptos jurídicos indeterminados plenamente fiscalizables —en su aplicación— en sede judicial, en la del asilo se hacía lo propio con cláusulas abiertas y vagas, determinantes, por ello, de la habilitación de competencias discrecionales (modo de proceder autorizador, incluso, de la —dura calificación del texto legal, en esta parte, como Ley en blanco).

En todo caso, la aplicación jurisprudencial contencioso-administrativa del texto legal respondió a las siguientes líneas maestras:

a) En cuanto a la definición normativa del supuesto cuya concurrencia era precisa para la aplicación del estatuto de refugiado-asilado, afirmación de:

aa) La no necesidad de la prueba plena y acabada del temor fundado de persecución y, en general, de los hechos alegados por el pretendiente de la aplicación del régimen legal.

ab) El carácter decisivo tanto de la situación subjetiva del pretendiente de asilo, como de la situación objetiva en el país de origen del mismo.

ac) La especial importancia de otorgamiento procedente al conjunto del expediente administrativo para la formación de la convicción de la autoridad administrativa y, por tanto, también en su momento del Tribunal sobre la pertinencia del disfrute del régimen legal.

³ En claro contraste con la regulación del refugio, en la que se establecía, incluso, la pertinencia del procedimiento de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales; circunstancia diferencial, que movió a D. LÓPEZ GARRIDO (*op. cit.* en nota 1), a estimar que para el legislador de 1984 el refugio, en cuanto expresión limitada y nuclear del derecho de asilo, se ofrecía situado en el área de los derechos fundamentales o, al menos, muy cerca de él.

De todas formas parece excesiva la interpretación (sostenida, por ejemplo, por D. López Garrido) que la ausencia de previsión expresa, en la regulación del asilo, de la procedencia del recurso contencioso-administrativo como exclusión, al menos implícita, de éste; deficiencia que hubo de ser subsanada por la jurisprudencia. En todas las Leyes no es preciso incluir o, al menos recordar, la vigencia y aplicabilidad de aquellas reglas que de suyo son pertinentes desde luego. De ahí que el silencio de la norma en este caso no equivalga sin más a exclusión, en la medida en que de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa —en todo caso de aplicación— resultaba sin más la procedencia del recurso en ella regulado.

⁴ De nuevo D. LÓPEZ GARRIDO, *op. cit.* en nota 1.



b) En cuanto a las competencias administrativas atribuidas en el texto legal, reconocimiento de su esencial discrecionalidad y, consecuentemente, de la dificultad para su íntegro control judicial⁵.

La sustancial entrega a la Ley ordinaria, por el artículo 13.4 CE, de la configuración del derecho de asilo explica, además del debate acerca de su reconocimiento constitucional⁶, el margen de maniobra del que ha dispuesto efectivamente el legislador de 1984 y su aprovechamiento efectivo para establecer el atípico (y generoso con su fase de ejecución y aplicación) régimen jurídico cuyas características esenciales se han destacado, con la consecuencia de la renuencia doctrinal a considerar éste plena y rotundamente constitucional.

II. La Ley 9/1994, de 19 de mayo, de modificación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo

1. Las razones y el alcance de la modificación

La Ley ha sido recientemente objeto de una parcial, pero importante, modificación, de la que resulta su versión vigente. Es esta la que va a ser objeto de análisis, por lo que se prescinde del desarrollo reglamentario, aún precisado justamente de adaptación al nuevo marco legal.

⁵ De ahí el esfuerzo doctrinal por potenciar ese control judicial mediante al recurso, aquí también, a todas las técnicas desarrolladas en el Derecho Administrativo para la reducción de la discrecionalidad. Véase, al respecto, el que hace D. LÓPEZ GARRIDO en la obra citada en nota 1.

⁶ En el proceso constituyente, los entonces Diputados y miembros de la ponencia encargada de la elaboración del Anteproyecto, el Profesor Peces-Barba Martínez y el Sr. Roca Junyent, se opusieron a la redacción del art. 13.4 CE, que finalmente prevaleció, argumentando que suponía una desconstitucionalización material del contenido del derecho y, por tanto, la entrega prácticamente ilimitada de éste al legislador ordinario.

D. LÓPEZ GARRIDO (*op. cit.* en nota 1) argumenta, luego, en contra de dicha posición con ocasión y para su afirmación de la verdadera y directa constitucionalización del derecho. Esta última afirmación no parece, sin embargo, que precisara de dicha oposición, toda vez que la opinión aludida de desconstitucionalización debe entenderse en el contexto del debate constituyente: tenía por objeto más bien la procura de una mejora redacción, es decir, de una proclamación constitucional directa del derecho más precisa de su contenido, por lo que la denuncia de una desconstitucionalización de éste operaba más bien en términos dialécticos (sin que quepa suponer que la interpretación del precepto mismo, al margen del debate para su aprobación, fuera y sea aún –para los autores de la referida denuncia– justamente el de la ausencia de todo contenido constitucionalmente declarado).

La exposición de motivos de la Ley 9/1994, que opera dicha modificación, explicita las razones de ésta. Aunque el texto legal aprobado en 1984, valorado desde la perspectiva de la experiencia de su aplicación, le merezca un juicio global positivo, considera pertinente y necesaria su renovación parcial, tanto por la apreciación en él de deficiencias, como por el hecho de la evolución (la aprobación de nuevos instrumentos) del Derecho internacional durante el período de su vigencia, demandante de la consecuente armonización de la legislación interna. En este contexto realiza (para invocar su cumplimiento) la significativa cita de la proposición no de Ley aprobada por las Cortes el día 9 de abril de 1991 sobre la garantía de la celeridad del examen individualizado de las solicitudes de asilo, así como el precedente impedimento de la utilización fraudulenta del correspondiente estatuto con fines de inmigración económica. Puede decirse, pues, que, en parte nada despreciable, la modificación legal constituye una respuesta a la tensión entre los estatutos legales de asilo y extranjería manifestada y desarrollada en el período de vigencia del primero.

De esta suerte, y siempre de acuerdo con la exposición de motivos, la modificación se extiende, básicamente, a cuatro aspectos de la regulación legal:

a) El replanteamiento del enfoque mismo de dicha regulación, con el fin de suprimir la distinción entre el asilo y el refugio, es decir, la característica misma determinante de la atipicidad, ya indicada, de nuestro ordenamiento en este punto. La razón que se aduce para ello es expresiva de la importancia otorgada a la supresión de la tensión detectada en la práctica sobre el régimen de asilo: el enfoque objeto de replanteamiento no es necesario desde el plano del Derecho internacional y es *fuentes de confusiones y abusos*.

De esta suerte el asilo pasa a ser considerado como *la protección dispensada a aquel extranjero a quien se reconozca la condición de refugiado de acuerdo con la Convención de Ginebra de 1951* (la importancia de este nuevo concepto para la constitucionalidad de la Ley, así como también para la interpretación del contenido y el alcance del derecho de asilo, no puede ser infravalorada).

Este aspecto de la reforma debe valorarse positivamente, tanto porque «normaliza» la legislación española (en la línea postulada por la doctrina científica), como porque —según se verá luego— permite la construcción interna del asilo como un verdadero derecho subjetivo, dotado de un contenido preciso, aunque abierto.

b) La adaptación de la legislación a la doctrina del Tribunal Constitucional, especialmente a la STC 115/1987, de 7 de julio.

En este contexto, debe recordarse que la citada Sentencia y la 107/1984, de 23 de noviembre, hablan considerado inconstitucionales:

- La posibilidad del acuerdo por el Consejo de Ministros de la suspensión de las actividades de las asociaciones promovidas e integradas mayoritariamente por extranjeros (por violación del artículo 22.4 CE).
- La exigencia de autorización administrativa previa para las reuniones de extranjeros en locales cerrados o de tránsito público y para manifestaciones (por violación del artículo 21 CE).
- La imposibilidad (con carácter general) de la suspensión judicial de las resoluciones administrativas relativas a extranjeros (por violación del artículo 24.1 CE).
- La exigencia de un requisito administrativo (la obtención de la residencia) para el reconocimiento a los extranjeros de capacidad de obrar a efectos de la formalización válida de contratos de trabajo.
- La regulación sobre internamiento preventivo a efectos de expulsión (por violación del artículo 24.1 CE).

c) La modificación de los efectos de la resolución denegatoria del asilo a fin de evitar la situación de privilegio del acogido a esta legislación específica respecto del extranjero normal, con la consecuencia de la atracción de inmigrantes económicos hacia el sistema de asilo. Aquí es donde aflora con mayor claridad la tensión estatuto de asilo-estatuto de extranjería como causa de la reforma legal.

Los efectos de la resolución denegatoria se concretan ahora en los de abandono del país, salvo que se reúnan los requisitos para entrar o permanecer en el conforme al régimen general de extranjería o se cumplan los del excepcional referido a razones de interés humanitario o público.

d) La introducción de una fase previa en el examen de las solicitudes, que permite la denegación rápida de las manifiestamente abusivas o infundadas o cuyo examen no corresponda, en todo caso, a España (en virtud de los Convenios de Dublín y Schengen).

Esta innovación suscita, en principio, el problema constitucional que fue en su momento resuelto en Alemania por Sentencia del Tribunal Federal Constitucional de 25 de febrero de 1981; pronunciamiento que, tras reconocer que el asilo es un derecho de configuración legal, precisó que –para su legitimidad constitucional– esa configuración había de hacerse, no obstante, de conformidad con la función que dicho derecho cumple, es decir, la de asegurar la protección a los perseguidos políticos frente al posible ataque por parte



del Estado perseguidor, resultando así que la previsión legal por la que la Administración podía poner fin a la residencia o proceder a la expulsión (por entender manifiestamente abusiva la solicitud) antes de la terminación ordinaria del procedimiento mediante resolución de fondo sobre dicha solicitud debía ser considerada contraria al Estado de Derecho.

En nuestro caso, el legislador de 1994 se ha cuidado de articular, como veremos, las necesarias garantías (especialmente jurisdiccionales) para evitar que pudiera llegarse a plantear la cuestión abordada en Alemania y alcanzarse una conclusión parecida a la allí establecida.

2. La configuración legal del derecho de asilo

El derecho de asilo aparece ahora definido en términos radicalmente distintos a los de la Ley de 1984, gracias a la modificación del número 1 del artículo 2 del texto legal (relativo al contenido del asilo), determinante de la desaparición del carácter «graciable» de su concesión. La nueva redacción de dicha norma –en su relación con el artículo 1– otorga al derecho una configuración totalmente conforme con el tenor y el espíritu del artículo 13.4 CE.

Los elementos esenciales de la regulación actual son los siguientes:

- Calificación expresa del derecho de asilo –concretando su reconocimiento por el art. 13.4 CE– como un derecho subjetivo, de acuerdo, además, con su naturaleza bifronte interna-internacional (por estar referido necesariamente a un extranjero).
- Caracterización del disfrute del derecho como resultado de una operación de simple reconocimiento (declarativo, no constitutivo) de la situación subjetiva determinante de su titularidad: la condición de refugiado, entendida como la propia de un extranjero cualificado, resultando esa cualificación del Derecho internacional y, concretamente, de la Convención de Ginebra.
- Configuración interna (legal) del derecho por relación a dos componentes objetivos, que integran una situación o status jurídico: a) uno internacional (la no devolución o no expulsión, en los términos del artículo 33 de la ya citada Convención de Ginebra); y b) otro interno (la dotación –variable– con los requisitos o las condiciones indispensables para la titularidad de derechos y obligaciones en el ordenamiento español:



- El acceso al territorio y la residencia en él.
- La identidad y la documentación de viaje.
- El acceso a y el desarrollo de actividades lucrativas (laborales, profesionales y mercantiles).
 - Cualesquiera otras que puedan recogerse en Convenios sobre refugiados suscritos por España (cláusula de apertura, internacionalista); más todavía y eventualmente.
- El acceso a y el disfrute de prestaciones de asistencia económica y social.

En consecuencia, en la Ley el derecho de asilo es:

1.º Un derecho subjetivo susceptible de goce tras el reconocimiento individual de la condición subjetiva determinante de su titularidad y, por ello, un derecho preexistente a dicho reconocimiento, en tanto que la función de éste es la de mera comprobación y su eficacia, por tanto, meramente declarativa; reconocimiento preciso por la propia estructura del derecho. Y

2.º Un derecho, cuyo efectivo goce posibilita la aplicación del artículo 13.1 CE y, consecuentemente, la ampliación de la esfera del sujeto a todos los derechos constitucionales y las libertades públicas (salvo los de índole política estrictamente reservados a las personas de nacionalidad española). Es –prescindiendo ahora de los derechos y las libertades que corresponden de suyo a todas las personas– un derecho distinto a los derechos constitucionales (especialmente los fundamentales), previo y necesario e instrumental respecto de ellos. Huelga, pues, cualquier discusión (de Derecho positivo interno) sobre su naturaleza, dado su carácter decisivo para el goce, en plenitud, de éstos. Su vinculación con ellos es, pues, clara.

Conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, en efecto,

- El artículo 13.1 CE supone que el disfrute por los extranjeros de los derechos y las libertades del Título I de la norma fundamental puede atemperarse, en cuanto a su contenido, a lo que determinen los Tratados y la Ley, con la sola excepción de los que corresponden por igual a españoles y extranjeros (SsTC 107/1984, de 23 de noviembre; 99/1985, de 30 de septiembre; y 11511987, de 7 de julio). De ahí que los derechos y las libertades reconocidos a los extranjeros, si bien dotados de protección constitucional, sean sin excepción derechos de configuración legal (SsTC 107/1984, de 23 de noviembre; 9911985, de 30 de septiembre; y 11511987, de 7 de julio).

- Sobre la base de las declaraciones precedentes, se distingue entre: derechos que corresponden por igual a todos (derechos de la persona) (SsTC 107/1984, de 23 de noviembre, y 9911985, de 30 de septiembre), tales como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la libertad ideológica, etc.; el derecho a la tutela judicial efectiva; y el derecho a la libertad personal y a la seguridad: *b)* derechos que no pertenecen en modo alguno a los an SsTC 107/1984, de 23 de noviembre, y 99/1985, de 30 de septiembre), como resulta del artículo 13.2 en relación con el 23 CE; y *c)* derechos que pertenecen o no a los extranjeros según lo dispongan precisamente los Tratados y las Leyes, de lo que resulta *la posibilidad para el legislador ordinario de establecer condicionamientos adicionales para su disfrute y ejercicio* (SSTC 107/1984, de 23 de noviembre, y 115/1987, de 7 de julio).

Adquiere así pleno sentido tanto la declaración inicial del artículo 1 de la Ley⁷ como, sobre todo, el reconocimiento en este mismo precepto, a continuación y en favor de los extranjeros, del derecho a solicitar el asilo, pues éste derecho resulta ser clave para la efectividad del derecho de asilo mismo, en cuanto su objeto es cabalmente la obtención del reconocimiento individual de la cualidad-condición subjetiva, a la que está ligada la titularidad de dicho derecho de asilo y de la que depende, por tanto, el goce y disfrute efectivos de éste.

El derecho de asilo tiene en la Ley, pues, dos planos:

1. El formal-procedimental propio del derecho de solicitud; derecho éste, que se reconoce –nótese bien– a todo extranjero sin limitación (incluso al extranjero situado fuera de las fronteras, es decir, de los límites propios del ordenamiento jurídico español). Del régimen jurídico de éste derecho depende, como se ha adelantado ya, la efectividad del segundo de los planos del de asilo.

Se trata, por de pronto, de un verdadero derecho subjetivo de carácter procedimental o formal. Su objeto, al ser precisamente la solicitud de otorgamiento del asilo, debe conectarse con la regulación general del acto de solicitud en el procedimiento administrativo común, conforme a la cual éste determina la iniciación del correspondiente procedimiento (arts. 68 y 70 de la Ley 3011992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; en adelante LRjAPyPac) y, por tanto, la condición en éste de interesado necesario del

⁷ Redactada hoy como sigue: «El territorio español constituirá un refugio inviolable para todas las personas a quienes se conceda asilo de conformidad con esta Ley».

solicitante [art. 31.1 a) LRjAPyPac]⁸. Iniciado así el procedimiento, es clara la constitución desde dicho momento (el ejercicio efectivo del derecho de solicitud mediante la formalización de este acto) de la Administración en la obligación legal de resolver sobre tal solicitud en el plazo máximo legal, es decir, de terminar el procedimiento mediante el dictado de una resolución en sentido estricto en tal plazo (jugando en otro caso, es decir, en el de inactividad, la técnica del silencio, con producción de un acto presunto), sin poder abstenerse de pronunciar ésta so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de los preceptos legales aplicables al caso (arts. 42.1 y 89.4 LRjAPyPac). Todo ello lleva de la mano, por conexión, al control judicial de la actividad administrativa (art. 106.1 CE) y, por tanto, al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva bajo la forma de dicho control (art. 24.1 CE), aunque el que aduzca dicho derecho esté fuera de las fronteras nacionales, es decir, del ámbito del ordenamiento jurídico estatal.

Pero, además, por lo ya dicho y en cuanto a su contenido, se trata de un derecho a un pronunciamiento expreso y conforme a Derecho sobre el reconocimiento, es decir, la declaración de la concurrencia en el caso de la condición subjetiva de extranjero cualificado, es decir, de refugiado, y, por tanto, del goce efectivo del derecho de asilo o, dicho de otro modo, del disfrute del status de asilado.

Prueba definitiva de que, en efecto, se está ante un verdadero derecho subjetivo la proporciona la regulación por la Ley examinada de los efectos derivados de su ejercicio (dentro o fuera del territorio nacional), que se reconducen a los siguientes: *a)* La no sancionabilidad de la entrada ilegal, siempre que se produzca la presentación ante las autoridades competentes (art. 4.1, párr. 2.º); *b)* la prohibición del rechazo en frontera, es decir, de la expulsión hasta que recaiga resolución bien de inadmisión a trámite, bien de denegación (si bien es posible la adopción entretanto de medidas cautelares) (art. 5.1); *c)* la comunicación de la presentación de la solicitud al Alto Comisionado de las Naciones Unidas (art. 5.5); *d)* la interrupción del proceso de extradición o de su ejecución que estuviera en curso (art. 5.3); y *e)* instrucción inmediata al solicitante sobre sus derechos y, en especial, el referido a asistencia letrada (art. 5.4).

2. El plano sustantivo correspondiente ya al derecho al status de asilado, es decir, al asilo con el contenido procedente u concretado por el acto de

⁸ Debiendo suponerse desde luego en el extranjero solicitante la suficiente capacidad de obrar y para intervenir en el procedimiento, en virtud del juego del artículo 30 LRjAPyPac con el artículo 1 de la Ley estudiada.

su otorgamiento, conforme a y en el marco del declarado legalmente y antes establecido (dimensión material del derecho de asilo), durante el tiempo de subsistencia de las circunstancias determinantes (dimensión temporal carente de limitación legal precisa).

La prueba de la naturaleza de derecho subjetivo también en este plano la facilitan los efectos que la Ley liga al otorgamiento del asilo: *a)* la no devolución (art. 12); *b)* la residencia y el acceso a y el ejercicio de actividad lucrativa (art. 13), por más que este efecto pueda ser excluido en circunstancias políticas, económicas y sociales excepcionales, si bien sólo con carácter general y mediante Ley que ha de articular las medidas sustitutivas posibles y respetar, en todo caso, las situaciones preexistentes; y *c)* la obtención, según las disponibilidades, de otras medidas protectoras (art. 15).

En resumen, pues, puede afirmarse que el asilo es una institución compleja, que comprende tanto el derecho a la protección (solicitud del asilo), al reconocimiento-declaración (reglados) de la condición de refugiado y, por tanto, de titular del derecho al asilo y, por tanto, al status constitutivo de este último y comprensivo, además de la no devolución, del haz de posiciones activas expresamente conferidas por el acto de otorgamiento y, en todo caso y automáticamente, del disfrute de todos los derechos y las libertades recogidos en la Constitución y no reservados por ella únicamente a los españoles. Semejante configuración legal es perfectamente conforme con la norma fundamental. De ella se desprende la importancia decisiva de la regulación de las causas de otorgamiento y denegación del asilo, así como del procedimiento administrativo a tramitar al efecto y de la tutela judicial frente a las decisiones de la Administración; todo ello, desde la doble perspectiva derivada de la situación dentro o fuera de las fronteras del territorio nacional.

3. La regulación de las causas de otorgamiento y de denegación del asilo

El texto legal determina –en su art. 3– las causas tanto del otorgamiento, como de la denegación del asilo.

a) Otorgamiento:

Teniendo en cuenta la redacción imperativa del número 1 del artículo 3 y el contenido ya establecido del derecho a solicitar el asilo, es clara la proce-

dencia legal de la concesión de éste en caso de concurrencia del supuesto, de hecho definitorio de la condición, de refugiado; supuesto, que no se determina ya de forma independiente, sino estrictamente por remisión al Derecho internacional (en concreto la Convención de Ginebra de 1951 y el Protocolo de 1967, que deben entenderse sustituibles por los que los modifiquen o sucedan según la evolución de aquél Derecho). De ahí justamente la previsión por el artículo 5.7 del juego, caso de inactividad de la Administración competente, es decir, de no resolución expresa de ésta en el plazo máximo legal, del silencio positivo o, en otros términos, de la producción *ex lege* de un verdadero, aunque presunto, acto estimatorio de la solicitud.

En consecuencia (y conforme al art. 1-A.2 de la Convención de Ginebra), la situación determinante de la condición de refugiado no es otra que la de toda persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de los mismos temores, no quiera regresar a él.

Todos los elementos del supuesto así definido pueden y deben considerarse jurídicamente reglados:

- En calidad de conceptos perfectamente determinados: tanto el subjetivo consistente en ser un nacional fuera de su país o un apátrida fuera del de su residencia, como el objetivo concretado en no poder o no querer acogerse a la protección del correspondiente país.
- Y en calidad de conceptos jurídicos indeterminados: *a)* el de temor fundado; *b)* el de persecución por motivos tasados⁹; y *c)* el de no posibilidad o no voluntad de acogerse a la protección de determinado país a causa del indicado temor de persecución.

En consecuencia, la concurrencia del supuesto que nos ocupa es plenamente controlable en sede judicial (como habla adelantado ya, dentro de sus posibilidades, la jurisprudencia recaída bajo la vigencia de la Ley de 1984). El artículo 8 de la Ley precisa hoy, con acierto y progreso evidentes (así como apoyo en dicha jurisprudencia) la suficiencia, para la resolución favorable

⁹ Debe llamarse la atención sobre el hecho de que en la exposición de motivos se postula una interpretación amplia del concepto de persecución por motivos políticos.

sobre la solicitud, de la aparición de indicios suficientes, según la naturaleza de cada caso, para deducir que el solicitante cumple los requisitos que integran el supuesto analizado.

b) Denegación:

Por de pronto ha de indicarse que la denegación sobre la solicitud de asilo no incide directamente en el procedimiento de extradición que pueda estar en marcha; procedimiento, en el que puede perfectamente decidirse no extraditar por tratarse de delito de carácter político o fundarse la petición (aunque se trate de delito común) en motivo político (disposición adicional, párrafo 1.º).

En principio sólo justifica la denegación la comprensión en alguno de los supuestos previstos en los artículos 1F (existencia de motivos fundados para considerar la comisión por el solicitante de determinados delitos o actos graves) y 33.2 (consideración del solicitante, por razones fundadas, como peligro para la seguridad del país donde se encuentra o, habiendo sido objeto de una condena definitiva por delito particularmente grave, como constitutivo de amenaza para la comunidad de tal país) de la Convención de Ginebra (art. 3.2). En ambos casos se trata bien de la no aplicabilidad subjetiva de la Convención, bien de la improcedencia subjetiva de beneficiarse de la misma.

Pero, además, debe entenderse que fundamentan también la denegación:

- La no concurrencia (ni siquiera en los términos indiciarios exigibles) de ninguna las causas que positivamente obligan a la estimación.
- La concurrencia de alguna de las causas que en la Ley se terminan como de inadmisión de la solicitud (art. 5.6), en tanto que éstas ciertamente posibilitan una desestimación anticipada, pero por ello mismo, resultan apreciables igualmente al poner fin al procedimiento (art. 5.8). Se trata de las siguientes:
 - La anticipación de las de fondo previstas en el art. 3.2 [apdo. *a*) del art. 5.6]. El juicio sobre esta causa debe ser negativo, toda vez que —aludiendo al fondo de la cuestión priva en realidad del procedimiento y de la intervención en el de los órganos debidos, además de que se solapa con la causa recogida luego en el apdo. *d*) del mismo precepto.
 - La no alegación en la solicitud de ninguna de las causas que dan lugar al reconocimiento de la condición de refugiado [apdo. *b*) art. 5.6]. Aunque con dudas (derivadas de que anticipa sin más un juicio de fondo), puede considerarse plausible.

- La simple reiteración de otra solicitud previa que hubiera sido ya denegada, sin que se haya producido alteración alguna en las circunstancias [apdo. *c*) art. 5.6]. Es también discutible (porque se reconduce a la apreciación anticipada sobre el fondo), pero rechazable sin más.
- El fundamento de la solicitud en hechos, datos o alegaciones manifiestamente falsos, inverosímiles o carentes de vigencia actual [apdo. *d*) art. 5.6]. Es más que discutible, porque anticipa sin más el fondo de la cuestión.
- La no competencia de España (conforme al Derecho internacional aplicable) para el examen de la solicitud, con deber de indicación del Estado competente [apdo. *e*) art. 5.6]. Parece correcta esta causa, sobre todo teniendo en cuenta la introducción de la cautela consistente en la preceptividad de la aceptación por el otro Estado de su competencia y de la obtención de éste por el Estado español de las garantías suficientes sobre la protección de la vida, la libertad y demás principios asumidos por la Convención de Ginebra.
- La circunstancia de hallarse ya el solicitante reconocido como refugiado, teniendo derecho a residir o a obtener asilo en otro Estado, o de proceder de tercer Estado cuya protección hubiera podido solicitar; siempre, naturalmente, que en ese tercer Estado no exista peligro para su vida o libertad, ni de exposición a torturas o a trato inhumano o degradante, y, además, exista garantía en cuanto a la protección efectiva contra la devolución al país perseguidor [apdo. *f*) art. 5.6]. Es ésta una causa también plausible.

Con carácter general puede considerarse correcta la precedente regulación de las causas de estimación y denegación/inadmisión. Pues su doble aco-tación subjetiva y objetiva se atiene al Derecho internacional aplicable y, por tanto, al contenido del derecho de asilo por éste declarado, de lo que puede inferirse, a su vez, su constitucionalidad, asumiendo como criterio al respecto tanto el concreto artículo 13 de ésta, como la interpretación sistemática de éste en su contexto desde el principio de unidad de la Constitución (dadas la funcionalidad internacional del asilo y la apertura «internacional» del orden sustantivo constitucional conforme al art. 10.2 CE).

Ocurre, sin embargo, que este juicio positivo (basado en la básica remisión al Derecho internacional de la regulación legal interna) debe matizarse por razón de que esa remisión no deja de suponer la presencia en ésta cuando

menos de un elemento –aunque fundamental– claramente discrecional o, al menos, proporcionador de un gran margen de apreciación: cabalmente el de la delimitación negativa del supuesto de hecho determinante de la condición de refugiado y, por ello, de la titularidad del derecho de asilo (delimitación que es la que efectúan los artículos 1F y 33.2 de la Convención de Ginebra).

Esa discrecionalidad o, al menos, esencial indeterminación (atribuidora de un apreciable margen de apreciación), proporciona una decisiva importancia a los órganos resolutorios y a la participación en el procedimiento administrativo correspondiente. El tratamiento que de estos aspectos hace la Ley merece indudablemente una opinión positiva, pues, de un lado, asegura la participación del Alto Comisionado de las Naciones Unidas y de las Asociaciones no gubernamentales pertinentes en aquel procedimiento al reconocer expresamente su legitimación para ello (art. 5.5), y, de otro, reserva la formulación en dicho procedimiento de la propuesta de resolución a la Comisión interministerial que ya estaba creada¹⁰, garantizando, además, la asistencia a sus sesiones del Alto Comisionado de las Naciones Unidas¹¹ (gracias a la preceptividad de la convocatoria del mismo a dichas sesiones) (art. 6.2).

4. El procedimiento administrativo para la resolución de la solicitud de asilo

La Ley establece un doble procedimiento o, dicho más precisamente, un sólo procedimiento con una variante: la derivada de la regulación de la llamada «admisión a trámite», especialmente relevante cuando el solicitante se encuentra fuera del territorio nacional). Dada la especificidad del supuesto en que el interesado no ha traspasado aún el umbral del ordenamiento estatal interno, esta variante o modulación puede considerarse plausible, siempre que esté rodeada de las necesarias garantías (veremos inmediatamente que así es).

a) La admisión a trámite:

La pertinencia del procedimiento previo dirigido a justamente a resolver sobre la admisión a trámite de la solicitud depende de los términos de la pre-

¹⁰ Si bien sustituyendo en ella la presencia del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social por la del Ministerio de Asuntos Sociales; sustitución que debe valorarse positivamente.

¹¹ A quien debe informarse inmediatamente de la solicitud y tiene derecho a entrevistarse con el solicitante de asilo.

sentación de ésta: cuando lo es en frontera da siempre lugar a este procedimiento previo referido a la admisibilidad, mientras que en el resto de los supuestos la inadmisibilidad sólo es apreciable en el contexto del procedimiento ordinario o normal.

Conforme al artículo 5.7, el procedimiento previo tiene dos fases:

1.^a La que de la solicitud inicial, que debe formularse dentro de las veinticuatro horas siguientes a la presentación del interesado en la frontera, da lugar a la intervención del Alto Comisionado de las Naciones Unidas 11 y debe ser resuelta (en el sentido de la inadmisión) en el plazo máximo de cuatro días (hasta la notificación de la resolución, el interesado debe permanecer en el puesto fronterizo, precisamente en lugar habilitado al efecto).

2.^a La que abre, ante una resolución de inadmisión, la solicitud de reexamen formalizable dentro de las veinticuatro horas siguientes a la notificación; solicitud, que produce la suspensión de la eficacia de la resolución notificada y debe ser resuelta en el plazo máximo de dos días (previa audiencia, en esta ocasión, del citado Alto Comisionado).

En ambas fases, la inactividad administrativa, es decir, la falta de notificación en plazo de resolución expresa, hace entrar en juego la técnica del silencio positivo, con la consecuencia de la producción automática de un acto presunto de admisión a trámite y, por ello, la autorización de entrada del solicitante en el territorio nacional ¹².

b) El procedimiento ordinario o normal:

La Ley (art. 4) se limita a regular la presentación de la solicitud y los trámites esenciales, sin perjuicio de la importante prescripción según la cual la admisión a trámite en frontera lleva consigo la autorización de entrada y de permanencia provisional, con independencia de lo que pueda llegar a acordarse en el procedimiento.

La presentación, si se realiza dentro del territorio nacional, debe hacerse personalmente, salvo imposibilidad (en cuyo caso puede deducirse mediante representante, con obligación de ratificarla personalmente una vez que desa-

¹² Dadas la especialidad de la materia y las características del supuesto, la previsión legal formal aquí del juego automático del silencio positivo debe entenderse que supone la introducción de un régimen especial (prevalente) de la eficacia de dicho juego respecto del establecido con carácter general en el artículo 44 LRjAPyPac, que exige la deducción de una solicitud de expedición de certificación del acto presunto y la efectiva expedición de ésta o, en su caso, el transcurso de veinte días sin reacción administrativa expresa desde aquella solicitud.



parezca el impedimento), y determina el derecho a la asistencia letrada, intérprete y atención médica. Si, por contra, se formaliza fuera del territorio nacional, puede hacerse precisamente en una Embajada o Consulado, procediéndose a su tramitación por conducto del Ministerio de Asuntos Exteriores.

La ordenación de la tramitación responde a las siguientes líneas esenciales:

- La presentación de la solicitud determina la iniciación del procedimiento y la interdicción del rechazo en frontera o la expulsión del territorio del interesado hasta tanto no haya recaído resolución eficaz de inadmisión o de denegación (aunque entretanto cabe la adopción de las medidas cautelares que fueran procedentes).

La relación jurídica procedimental así entablada genera para el interesado –además del derecho a ser instruido de sus derechos y, en particular, del de asistencia letrada– unos deberes específicos: los de colaboración plena con las autoridades para la acreditación y la comprobación de su identidad y de los hechos y alegaciones invocados en apoyo de la solicitud, así como el de informe –a la mayor brevedad– sobre su residencia o cualquier cambio en la misma y los componentes del núcleo familiar.

- La tramitación es competencia del Ministerio del Interior.
- Pero la formulación de propuesta de resolución es competencia de la Comisión interministerial constituida en el seno de dicho Ministerio.
- La competencia para la resolución definitiva corresponde al Ministro del Interior, salvo en caso de discrepancia con la propuesta en que la competencia se eleva al Consejo de Ministros (lo que acredita la importancia garantizadora de la intervención de la Comisión interministerial).

La Ley no determina (ni directa, ni indirectamente a través de los plazos máximos de los distintos trámites) el plazo máximo para resolver expresamente, ni especifica tampoco el sentido del juego del silencio caso de inactividad administrativa. Es claro que el Reglamento (en el momento de su adaptación al texto legal) podrá e, incluso, deberá precisar éstos extremos. Pero, en todo caso, parece claro, dada la configuración legal del derecho de asilo, que el incumplimiento del deber de resolver expresamente en el plazo legal máximo (que, en ausencia de toda otra determinación y por aplicación del artículo 42.2 LRjAPyPac, es de tres meses) autoriza a entender estimada la solicitud deducida [en virtud de lo dispuesto en el art. 43.2, apdo. b) o, en todo

caso, c) LRjAPyPac]. Cuestión dudosa, sin embargo, es la de si —dada la especificidad de la materia— resulta aquí preceptiva la regulación general (art. 44 LRjAPyPac) de los requerimientos (solicitud de expedición de certificación de la producción de acto estimatorio presunto y expedición de ésta o, en su caso, transcurso de veinte días sin contestación alguna) para el perfeccionamiento y la eficacia del juego de la técnica del silencio. En la medida en que la omisión de toda prescripción específica al respecto no puede entenderse —dada la previsión especial para el caso del procedimiento previo de la admisión a trámite— como olvido involuntario, la solución más correcta es la de la afirmación de la aplicabilidad de dicha regulación general, máxime considerando que en el procedimiento ordinario o normal no se dan las circunstancias especiales (fragilidad de la posición del solicitante para la defensa de sus derechos e intereses, especialmente el de la tutela judicial efectiva) que justifican la excepción establecida para el procedimiento previo de admisión a trámite.

5. El régimen de los actos sobre solicitudes de asilo y de su control judicial

La Ley únicamente se refiere en este terreno a la revocación de los actos (art. 20.1), por lo que debe entenderse la aplicabilidad a éstos del régimen general de validez e invalidez, así como de impugnación y revisión de los mismos.

Si ya la regulación general —en el artículo 105 LRjAPyPac— ha suscitado críticas doctrinales (a pesar de circunscribirse a los no declarativos de derechos y los de gravamen), resulta obvio decir que la específica de que ahora se trata, al referirse a actos favorables que, aún no constitutivos, si son declaratorios de la condición subjetiva a la que se anuda la titularidad del derecho de asilo, es, por ello mismo, cuestionable.

De todas formas, de las dos causas de revocación que se establecen, una de ellas [la del apdo. b) del número 1 del art. 20] no es, en realidad, cuestionable en términos tan claros, pues se refiere a la pérdida sobrevenida —por cambio de las circunstancias— de la condición subjetiva para la aplicabilidad del estatuto internacional de refugiado y, por tanto de asilo. Y se recordará que la dimensión temporal del contenido sustantivo del derecho de asilo introduce en éste la duración del disfrute por todo el tiempo, pero sólo durante él, que permanezcan las circunstancias integrantes del supuesto de hecho soporte de la referida condición subjetiva. Puede interpretarse, pues, esta causa de revo-

cación como derivada de una condición legal resolutoria implícita en el acto de estimación de otorgamiento del asilo. Como es obvio, la resolución sobre la concurrencia de esta causa de revocación no puede producirse sin audiencia previa, en todo caso, del interesado.

Por lo que respecta a la segunda de las causas de revocación (consistente en la obtención del asilo mediante datos, documentos o declaraciones que sean falsos y determinantes del reconocimiento obtenido) es interpretable como sustitutivo en materia tan específica (en que la depuración de tales vicios no puede dejarse a una iniciativa de parte perjudicada, que normalmente no existirá) de la función, en el régimen general de los actos, del recurso extraordinario de revisión (art. 118 LRjAPyPac). Pero, asumiendo tal hipótesis, habría de ser interpretada y aplicada en relación y unión con las causas generales de revisión extraordinaria (de ahí que la falsedad de los hechos, datos o declaraciones deba necesariamente resultar de una Sentencia judicial firme) y con aplicación, desde luego, de las garantías en cuanto a plazos (de ahí que la incoación del procedimiento de revocación deba producirse dentro de los tres meses siguientes al conocimiento de la indicada Sentencia firme)¹³.

En todo caso, la revocación no da lugar necesariamente a la expulsión, pues el artículo 20.2 de la Ley autoriza a la Administración para, no obstante y por razones humanitarias o de interés público, autorizar la permanencia en España del interesado en el marco de la legislación general de extranjería.

Con la excepción singular del reexamen de las resoluciones de no admisión a trámite, todos los actos definitivos dictados en la materia agotan, conforme al artículo 21.1 de la Ley, la vía administrativa, lo que quiere decir que abren la judicial contencioso-administrativa. Pues todos ellos se declaran, como no podía ser de otra forma, recurribles ante dicha Jurisdicción.

El régimen de tutela judicial cautelar es el general, con la notable salvedad de los actos resolutorios de las solicitudes de reexamen de las iniciales (tras una resolución de inadmisión a trámite). Para este caso se dispone la solución, más protectora, de la deber del Juez de suspender la eficacia del acto recurrido, siempre que se haya deducido petición en tal sentido en el contexto del proceso y en vía administrativa la representación en España del Alto Comisionado de las Naciones Unidas hubiera informado favorablemente la admisión a trámite de la solicitud de asilo.

¹³ Pues transcurrido dicho plazo debería entenderse aplicable lo dispuesto en el artículo 106 LRjAPyPac: imposibilidad de ejercicio de la facultad de revisión (aquí revocación) por el tiempo transcurrido, resultando dicho ejercicio, en todo caso, contrario a la equidad y al derecho de los afectados.



Finalmente, debe señalarse que el artículo dispone expresamente la «tramitación preferente» de los recursos contencioso-administrativos, con lo que aparentemente –innovando lo que disponía transitoriamente el texto de 1984– no remite al procedimiento especial de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, siendo pertinente el procedimiento ordinario prescrito en la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa... con la única peculiaridad de su tramitación preferente. Sin embargo, la no modificación, ni derogación expresas de la disposición transitoria primera de la Ley de 1984, en unión de la no incompatibilidad frontal de la subsistencia de ésta con la regla de la «tramitación preferente» y el carácter instrumental del derecho y estatuto de asilo para la plenitud del goce (en igualdad de condiciones que los españoles, con la única reserva de los políticos reservados a éstos) de los derechos fundamentales y las libertades públicas, permite la interpretación de la subsistencia de la determinación de la aplicabilidad –por extensión– del referido procedimiento especial hasta tanto se dicte la Ley reguladora del amparo judicial ordinario.

