

EL CONVENIO DE APLICACION DEL ACUERDO DE SCHENGEN Y EL CONVENIO DE DUBLIN: UNA APROXIMACION AL ASILO DESDE LA PERSPECTIVA COMUNITARIA

Por CONCEPCION ESCOBAR HERNANDEZ (*)

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.—I. CONCEPTO DE ASILO.—II. CRITERIOS DE DETERMINACIÓN DEL ESTADO RESPONSABLE.—III. PROCEDIMIENTO.—IV. EFECTOS.—V. LAS MEDIDAS GENERALES RESTRICTIVAS DE LA INMIGRACIÓN DEL CONVENIO DE APLICACIÓN DE SCHENGEN Y SU INCIDENCIA SOBRE EL ASILO.—VI. PROBLEMAS PLANTEADOS POR LA COEXISTENCIA DE LOS CONVENIOS DE APLICACIÓN DE SCHENGEN Y DUBLÍN.—CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN

La institución del asilo ha permanecido ajena durante décadas al quehacer comunitario. Sin embargo, el proceso de realización del mercado interior, en especial respecto de la libre circulación de personas, ha colocado sobre la mesa un conjunto de problemas relacionados con el control de la entrada de extranjeros entre los que el tratamiento de

(*) Profesora Titular de Derecho Internacional Público. Universidad de Cantabria.

los solicitantes de asilo ocupa un importante lugar (1). Surge de esta manera una nueva aproximación al fenómeno del asilo, que se caracteriza por la estrecha relación existente entre asilo y política de inmigración (2) y que se traduce en la práctica en un acusado paralelismo en el tratamiento dado a ambas realidades. Paralelismo que, por lo que ahora nos interesa, se va a proyectar tanto sobre el concepto de asilo como sobre el método empleado para la regulación del mismo.

En relación con el primero de los elementos, el vínculo del asilo con la política de inmigración se refleja en la adopción de un concepto restrictivo cuyo objeto es diferenciar las categorías de refugiado político y refugiado económico, a los efectos de eliminar el empleo abusivo del asilo como instrumento de inmigración. Ello ha tenido como consecuencia la identificación del concepto de solicitante de asilo con el de refugiado contemplado en la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, abandonándose conceptos más amplios existentes en los ordenamientos internos de algunos de los Estados miembros.

Pero, lo que es más importante, la aproximación al asilo desde la perspectiva de la libre circulación de personas y su vinculación con la política de inmigración tiene una consecuencia de notable alcance sobre el método empleado en el proceso de regulación de la institución en el ámbito comunitario. Así, tras abortar el intento inicial de la Comi-

(1) El análisis de la problemática de los refugiados y del asilo en el marco del logro de objetivos comunitarios y de las libertades comunitarias no constituye un enfoque novedoso. En este sentido, cabe destacar dos Declaraciones de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo, adoptadas —respectivamente— en 1964 y 1985, en las que el fenómeno de los refugiados se analiza en relación con la Convención de Ginebra de 1951 y respecto del ejercicio de la libertad de establecimiento (vid. Doc. 64/305/CEE, *JOCE* de 22 de mayo de 1964, y Doc. 85/C 210/02, *JOCE* de 21 de agosto de 1985, serie C, núm. 210).

(2) La propia Comisión ha llamado la atención sobre este vínculo, si bien es cierto que ha destacado igualmente la necesidad de regular de forma autónoma el asilo en atención a su finalidad humanitaria. Vid. Doc. SEC 91/1857 final, *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento europeo sobre el derecho de asilo*, 18 de octubre de 1991, párrafo 2, págs. 1-3. Vid. igualmente HAILBRONNER, K.: «Perspectives of Harmonization of the Law of Asylum after the Maastricht Summit», en *Common Market Law Review*, vol. 29/5 (1992), pág. 920.

sión de proceder a una armonización del asilo a través de normas comunitarias *stricto sensu* (3), los Estados miembros han optado por acudir al método de la cooperación intergubernamental, siempre en conexión con la realización efectiva de la libre circulación de personas en el seno del Mercado Interior (4). Surge de este modo una aproximación plural al fenómeno del asilo en la que concurren muy diversas iniciativas, de las que es preciso retener especialmente la cooperación restringida que se concreta en los trabajos del Grupo de Schengen y la cooperación global «a Doce» que se viene desarrollando en el Grupo *ad hoc* Inmigración.

Los logros de la cooperación en ambos marcos son ciertamente modestos, sin que hasta la fecha se hayan dado pasos decisivos respecto a la elaboración de normas materiales sobre el asilo. Por el contrario, las realizaciones efectivas en el plano normativo se centran únicamente en la adopción de dos instrumentos convencionales cuyo objeto es la determinación del Estado responsable de examinar una concreta soli-

(3) En efecto, la Comisión preveía en el *Libro Blanco sobre la consecución del Mercado Interior* la adopción de una *Directiva relativa a la coordinación de las normas sobre derecho de asilo y sobre el estatuto de los refugiados*, cuyo texto habría de ser propuesto por la Comisión en 1988 y adoptado por el Consejo en 1990 (Vid. COM (85) 310 final, *Anexo. Calendario de acciones para la consecución del mercado interior*, pág. 11). Sin embargo, tal propuesta fracasó ante la imposibilidad de emplear el mecanismo del artículo 100 A del Tratado CEE respecto de la libre circulación de personas y el rechazo de los Estados a la comunitarización de una materia tan sensible como la del asilo. Respecto del anteproyecto de directiva adoptado por la Comisión en 1988, ver BEGHÉ LORETI, A.: *Rifugiati e richiedenti asilo nell'area della Comunità Europea*. CEDAM, Padova, 1990, págs. 74-75; NAYER, A.: «La Communauté européenne et les réfugiés», en *Revue belge de Droit International*, vol. XXII, 1989/1, págs. 140-147, en especial 144-147; NOREK, C.: «Le droit d'asile en France dans la perspective communautaire», en *Revue française de Droit administratif*, vol. 5/2 (1989), págs. 201-202.

(4) Esta vinculación con el logro de un objetivo comunitario cobra un especial significado en el caso del Convenio de Aplicación de Schengen, cuyo artículo 134 prevé que las reglas del Convenio sólo son aplicables en la medida en que sean compatibles con el Derecho Comunitario. En relación con este tema, vid. BLANC, H.: «Schengen: le chemin de la libre circulation en Europe», en *Revue du Marché Commun*, núm. 351 (1991), pág. 723; O'KEEFFE, D.: «The Free Movement of Persons and the Single Market», en *European Law Review*, vol. 17/1 (1992), págs. 12-13; SCHUTTE, J.: «Schengen: its Meaning for the Free Movement of Persons in Europe», en *Common Market Law Review*, 1991, pág. 566.

cidad de asilo (5). Se trata del *Convenio de Dublín relativo a la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas en los Estados miembros de las Comunidades Europeas*, de 15 de junio de 1990 y del *Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen*, de 19 de junio de 1990, cuyo objeto es garantizar que toda solicitud de asilo presentada ante un Estado comunitario será examinada por uno de ellos y sólo por uno de ellos (6).

La finalidad de ambos instrumentos, que cuentan con el antecedente de un Proyecto de Convenio similar elaborado en el marco del Consejo de Europa (7), no es otra que suprimir —o mitigar al menos— dos de los principales problemas con que se enfrenta en la actualidad la institución del asilo en el área europea, a saber, el preocupante fenómeno de los refugiados «en órbita» y el no menos grave de las solicitudes múltiples (8). Sin embargo, al margen de esta finalidad, ambos

(5) Hay que señalar, sin embargo, que la cooperación en materia de asilo está desarrollándose más ampliamente en los dos foros señalados, y de manera muy especial en el marco de la cooperación «a Doce», donde los trabajos en curso afectan tanto a la coordinación material como a la creación de mecanismos que institucionalicen la cooperación y el intercambio de información. A este respecto es de destacar la reciente decisión adoptada en junio de 1992, de crear el *Centro de Información, Reflexión e Intercambio en materia de Asilo* (CIREA), que se complementa con otras iniciativas tendentes a la creación de un banco de datos de huellas dactilares (EURODAC) o a la definición de los conceptos de «país seguro» y «país de primer asilo o acogida», que son esenciales para la aplicación uniforme tanto de los Convenios ya elaborados como de una futura regulación común sobre el asilo.

(6) Vid. *Convenio de Dublín*, artículo 3, párrafos 1 y 3; y *Convenio de Aplicación de Schengen*, artículo 29, párrafos 1 y 3. Para una visión de conjunto de la actividad comunitaria en materia de asilo, ver, entre otros, JOLY, D.: «Le Droit d'Asile dans la Communauté Européenne», en *International Journal of Refugee Law*, vol. 1/3 (1989), págs. 365-377.

(7) El Proyecto en cuestión fue elaborado por el Comité *ad hoc* de expertos sobre los aspectos jurídicos del asilo territorial, de los refugiados y de los apátridas (CAHAR), que aprobó el texto definitivo en 1989. Dicho texto, que fue remitido en su día al Comité de Ministros, no ha sido objeto de pronunciamiento alguno hasta la fecha, lo que suscita serias dudas sobre su viabilidad en un futuro inmediato, especialmente tras la entrada en vigor de los Convenios de Schengen y Dublín. Ver texto en BEGHÉ LORETI, A.: *Refugiati e richiedenti asilo...*, *op. cit.*, págs. 335-341.

(8) Para una descripción somera, pero acertada, del fenómeno que en Europa ha dado en denominarse el «abuso del asilo», vid. WECKEL, P.: «La Convention additionnelle à l'Accord de Schengen», en *Revue Général de Droit International Public*, 1991/2, págs. 408-409. Respecto de la situación en los países comunitarios, vid. STEFANINI, P. y DOUBLET, F.: «Le droit d'asile en Europe: la Convention relative à la détermination

instrumentos presentan el interés añadido de constituir el punto de partida para una aproximación global y sistemática al asilo desde una perspectiva comunitaria, aunque sea al margen del método comunitario en sentido estricto, lo que atribuye una importancia radical al contenido de los mismos, especialmente por lo que se refiere al concepto de asilo del que parten y al espíritu que inspira la regulación contenida en ambos textos.

Sobre la base de las consideraciones que anteceden, el presente estudio no pretende abordar globalmente la problemática que suscita el asilo en el ámbito comunitario, sino únicamente realizar un estudio comparativo de los dos instrumentos citados, que partiendo del concepto de asilo contenido en ambos y de los criterios que en ellos se establecen para la determinación del Estado responsable, permita una reflexión más amplia tanto sobre la compatibilidad de dichas disposiciones con las obligaciones que se derivan de la Convención de 1951 sobre el Estatuto del Refugiado e —indirectamente— del Convenio Europeo de Derechos Humanos, así como sobre los problemas que se derivan de la coexistencia de ambos instrumentos y su relación con el proceso de configuración de una hipotética política común de asilo surgida de la aplicación de la disposición pasarela prevista en el artículo K.9 del Tratado de la Unión Europea.

I. CONCEPTO DE ASILO

1. Ni el Convenio de Aplicación de Schengen ni el de Dublín tienen como finalidad reconocer el asilo como derecho subjetivo ni regular materialmente dicha institución, limitándose a establecer un procedimiento para determinar el Estado responsable de examinar una determinada solicitud de asilo. Por lo tanto, no es de extrañar que ambos textos guarden silencio sobre la definición del asilo y se limiten a enunciar el concepto de *solicitud de asilo*, que se convierte en el eje de la

de l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée auprès d'un Etat membre des Communautés européennes», en *Revue du Marché Commun*, núm. 347 (1991), págs. 393-394, y HAILBRONNER, K.: «Perspectives of a Harmonization...», *op. cit.*, págs. 917-922. La Comisión, por su parte, ha identificado igualmente los principales problemas con que se enfrenta el asilo en el área comunitaria en su *Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo sobre el derecho de asilo*, ya citada, Documento de reflexión (Anexo), págs. 3-8.

regulación contenida en ambos textos (9). Ello no impide, sin embargo, que de dichas definiciones se pueda deducir un concepto de asilo a los efectos de ambos Convenios que se caracteriza por la presencia de dos elementos básicos. En primer lugar, la vinculación directa del asilo con el concepto de refugiado contemplado en la Convención de Ginebra de 1951, y, en segundo lugar, su definición como mecanismo de protección territorial que se hace efectiva a través del otorgamiento de un permiso de residencia.

2. Por lo que se refiere al primero de los elementos, el vínculo con la Convención de Ginebra de 1951 y el Protocolo de 1967 convierte a los citados instrumentos en la referencia normativa básica de la cooperación en este ámbito. Hasta tal punto, que se puede afirmar que tanto el Convenio de Aplicación de Schengen —por lo que al asilo se refiere— como el Convenio de Dublín se configuran teleológicamente como instrumentos que potencian un aplicación más eficaz de la Convención de Ginebra, de la que todos los Estados miembros de las Comunidades Europeas son Partes. En particular, a través del establecimiento de un mecanismo que permite suprimir —al menos en el interior del espacio comunitario— el fenómeno de los refugiados «en órbita» (10).

(9) El Convenio de Aplicación de Schengen define la solicitud de asilo en los siguientes términos: «Toda solicitud presentada por escrito, oralmente o de cualquier otra forma por un extranjero en la frontera exterior o en el territorio de una Parte Contratante con el fin de obtener el reconocimiento de su condición de refugiado de acuerdo con la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 relativa al Estatuto de los Refugiados, modificada por el Protocolo de Nueva York de 31 de enero de 1967, y con el fin de obtener el derecho de residencia invocando tal condición» (art. 1). Por su parte, para el Convenio de Dublín, la solicitud de asilo es «(...) una solicitud mediante la cual un extranjero pide a un Estado miembro la protección de la Convención de Ginebra invocando la condición de refugiado con arreglo al artículo 1 de la Convención de Ginebra, modificada por el Protocolo de Nueva York» (art. 1, párrafo 1, apartado b), siendo posible que dicha solicitud se presente tanto en la frontera como en el territorio de un Estado miembro de las Comunidades Europeas (art. 3, párrafo 1).

(10) Dicha finalidad resulta especialmente patente en el Convenio de Dublín, en cuyo Preámbulo, párrafo cuarto, se señala «la necesidad de adoptar medidas para evitar que la realización de este objetivo [común de un espacio sin fronteras interiores en el que se garantice, en particular, la libre circulación de personas] genere situaciones conducentes a dejar durante demasiado tiempo a un solicitante de asilo en la incertidumbre de no conocer el curso que pueda darse a su solicitud», así como «de garantizar a todos los solicitantes de asilo que su solicitud será examinada por alguno de los Estados miembros y de evitar que los solicitantes de asilo sean objeto de reenvíos sucesivos de un Estado miembro a otro sin que ninguno de dichos Estados asuma la competencia del examen de la solicitud de asilo».

Esta vinculación material se va a reflejar en los Convenios de Schengen y Dublín a través de dos vías paralelas. En primer lugar, por la inclusión en el articulado de ambos textos de sendas declaraciones de reafirmación de las obligaciones derivadas de los instrumentos de Ginebra y Nueva York, así como de la voluntad inequívoca de los Estados firmantes de cooperar con el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados en la aplicación efectiva de los mismos (11). Y, en segundo lugar, por la identificación de los términos de refugiado y solicitante de asilo, que permite concluir que el asilo en el ámbito comunitario se reduce a la protección territorial brindada a aquellas personas que responden a las condiciones exigidas por la Convención de Ginebra para obtener el estatuto de refugiado (12).

Esta remisión material al Convenio de Ginebra tiene como finalidad esencial establecer un marco homogéneo común a todos los Estados miembros, que constituya la base de una futura política común de asilo. Lo que obliga a una armonización material no contemplada expresamente en los Convenios de Schengen y Dublín, pero que es la consecuencia inmediata de los mismos (13). Armonización material todavía

(11) Convenio de Aplicación de Schengen, artículo 28; y Convenio de Dublín, artículo 2. Es de destacar que el mismo planteamiento se reproduce en el Proyecto de Convenio sobre Fronteras Exteriores elaborado en el seno de la cooperación «a Doce», que se encuentra íntimamente vinculado con el Convenio de Dublín (Preámbulo, párrafo quinto).

(12) Por consiguiente, tan sólo será considerada como solicitante de asilo aquella 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 antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él» (Convención de Ginebra, art. 1.A, párrafo 2).

(13) Vid. BLANC, H.: «Schengen: le chemin...», *op. cit.*, pág. 725. La Convención de Dublín, por su parte, recuerda el objetivo del establecimiento de una política armonizada de asilo en su artículo 16. Sobre el alcance de esta necesaria armonización vid. HAILBRONNER, K.: «Perspectives of a Harmonization...», *op. cit.*, págs. 922-939. Especial interés reviste el programa de armonización contenido en la *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre el derecho de asilo*, ya citada, así como el *Informe de los Ministros responsables de la Inmigración al Consejo Europeo de Maastricht sobre política de inmigración y asilo* (Doc. SN 4038/91 WGI 930, de 3 de diciembre de 1991), que es el resultado de las conclusiones del Consejo Europeo de Lu-

incipiente pero que, por lo que ahora nos interesa, está desplegando efectos tanto a nivel internacional como interno.

En el primero de los planos, la remisión a la Convención de Ginebra como base del tratamiento del asilo ha obligado a los Estados a homogeneizar sus obligaciones internacionales respecto de la misma. A este respecto hay que señalar que si bien todos los Estados comunitarios han ratificado tanto la Convención de 1951 como el Protocolo de 1967, ello no constituye una garantía de uniformidad, ya que en los mismos se permite una modulación geográfica de su alcance, limitándolo a los acontecimientos acaecidos en Europa (14). Ello permite la existencia de una pluralidad de regímenes que resulta expresamente prohibida por las Convenciones de Schengen y Dublín, que al reafirmar las obligaciones derivadas del Estatuto de los refugiados lo hacen «sin ninguna restricción geográfica del ámbito de aplicación de estos instrumentos». Esta especificidad de los textos comunitarios ha obligado a Italia a retirar en 1990 la declaración limitativa que había formulado en su día respecto de la Convención de Ginebra (15), con lo que se garantiza la identidad de las obligaciones internacionales asumidas por los Estados comunitarios por lo que se refiere al Estatuto del refugiado y se da un primer paso en el proceso de armonización material del asilo.

Por otro lado, la homogeneización del concepto de asilo se ha visto reforzada a través de un proceso de reformas legislativas de distinto alcance llevadas a cabo en los Estados miembros de las Comunidades Europeas, cuya finalidad fundamental es suprimir fórmulas de asilo que no se corresponden con los parámetros del concepto de refugiado contenido en la Convención de Ginebra (16), y que si bien no

xemburgo sobre la necesidad de proceder a una armonización material y formal del asilo (vid., en esta *Revista*, vol. 18/3 (1991), págs. 1070 y 1078), y que ha de servir de punto de partida a la acción común prevista en la *Declaración relativa al asilo* adoptada en Maastricht.

(14) Convención de Ginebra, artículo I.B, párrafo 1, letra a).

(15) Con fecha 1 de marzo de 1990, Italia formuló una nueva declaración por la que adopta la interpretación más amplia prevista en el apartado b), sección B 1), del artículo 1 de la Convención (*Traités Multilatéraux déposés auprès du Secrétaire Générale. Etat au 31 décembre 1991*, Naciones Unidas, Nueva York, 1992, págs. 213, 224 y 225).

(16) Un inventario de las modificaciones llevadas a cabo en los ordenamientos internos de los Estados miembros durante 1991 puede encontrarse en el Doc. SN 4376/91, WGI 941, del Grupo *Ad Hoc* Inmigración, de 12 de febrero de 1992.

son exigidas por los Convenios analizados (17), sin embargo constituyen la base imprescindible para garantizar su operatividad. Es precisamente este proceso, del que los casos alemán y español constituyen un buen ejemplo (18), el elemento que puede ser objeto de mayores críticas, ya que si bien es cierto que con el establecimiento de un concepto restrictivo del asilo se pretenden paliar los nocivos efectos derivados de un empleo abusivo del asilo con fines inmigratorios por parte de los denominados «refugiados económicos», no puede olvidarse tampoco que su establecimiento conduce a la desaparición de figuras como la del «asilo humanitario» (19) ya arraigadas en los ordenamientos internos

(17) La autonomía del Derecho interno en materia de asilo y la falta de obligatoriedad de su armonización ha sido señalada y defendida por algunos autores. Vid. NOREK, C.: «Le droit d'asile...», *op. cit.*, pág. 205; PEAUCELLE, J.-C.: «L'immigration et la libre circulation des personnes en Europe: enjeux et perspectives», en *Revue française de Droit administratif*, vol. 6/4 (1990), pág. 521; ROBERT, J.: «Les Accords de Schengen», en *Revue des Affaires Européennes*, núm. 1, 1992, pág. 10; SCHUTTE, J.: «Schengen: its Meaning...», *op. cit.*, pág. 554. Esta autonomía del derecho material del Estado constituye una de las razones que han llevado al Consejo Constitucional francés a concluir la conformidad de las disposiciones del Convenio de Aplicación de Schengen en materia de asilo con el párrafo 4 del Preámbulo de la Constitución francesa de 1946 que reconoce el derecho de asilo (Decisión núm. 91-294 DC, de 25 de julio de 1991. Al respecto, ver el comentario de VEDEL, G.: «Schengen et Maastricht», en *Revue française de Droit administratif*, vol. 8/2 (1992), págs. 173-179; así como el texto de la Decisión, *ibidem*, págs. 179-184, en especial pág. 182.

(18) En España el Gobierno ha remitido ya a las Cortes Generales el proyecto de Ley de modificación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado. Las reformas principales previstas en el mismo consisten en la supresión del doble estatuto de refugiado y asilado, la supresión del asilo por razones humanitarias y el establecimiento de un procedimiento acelerado de inadmisión a trámite. De acuerdo con el Proyecto de Ley el asilo se define en los siguientes términos: «El derecho de asilo reconocido en el artículo 13.4 de la Constitución es la protección dispensada a los extranjeros a los que se reconozca la condición de refugiado y que consiste en su no devolución ni expulsión en los términos del artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y en la adopción de las siguientes medidas: a) Autorización de residencia en España. b) Expedición de los documentos de viaje e identidad necesarios. c) Autorización para desarrollar actividades laborales, profesionales o mercantiles. d) Cualesquiera otras que puedan recogerse en los Convenios Internacionales, referentes a los refugiados, que sean suscritos por España.»

(19) Por lo que se refiere a España los efectos derivados de la supresión del asilo por razones humanitarias se pretenden paliar con la introducción en el Proyecto de modificación de la Ley 5/1984 de la fórmula de otorgar para casos excepcio-

de algunos Estados miembros, que permitían otorgar una protección eficaz a solicitantes de asilo que si bien no responden al concepto estricto contemplado en la Convención de 1951, sí pueden englobarse dentro de la categoría de los «refugiados *de facto*» cuya importancia en el ámbito regional europeo no puede ser ignorada (20).

3. Pero dejando al margen la remisión material a la Convención sobre el Estatuto de los refugiados, el concepto de asilo ofrecido por los Convenios de Schengen y Dublín integra un elemento finalista que está íntimamente relacionado con la protección territorial. Es en este punto donde se aprecia la primera diferencia entre ambos textos. Así, mientras que el Convenio de Aplicación de Schengen establece expresamente que la solicitud de asilo tiene «el fin de obtener el derecho de residencia invocando tal condición», el Convenio de Dublín se limita a identificar como fin de la solicitud el obtener «la protección de la Convención de Ginebra», en la que —como es sabido— no se incluye necesariamente el reconocimiento de un derecho de residencia. Por consiguiente, nos encontramos ante un elemento diferencial que ha de ser valorado adecuadamente, ya que podría conducir a la conclusión de que el punto de partida de ambos textos y el nivel de protección garantizado por los mismos es diferente.

El problema se centra, pues, en determinar si el asilo contemplado en el Convenio de Dublín implica o no el reconocimiento de un derecho de residencia, independientemente de su alcance. A este respecto, y a pesar de la criticable redacción del artículo 1, apartado 1, letra b), una interpretación sistemática y coherente del mismo conduce a la conclusión de que también en este caso nos encontramos ante un supuesto típico de protección territorial. En primer lugar, por la propia utiliza-

nales un permiso de residencia por motivos humanitarios o de interés público, que permita la permanencia en España del interesado cuya solicitud ha sido objeto de inadmisión a trámite o denegada (vid. artículo único, párrafo 24).

(20) Vid. O'KEEFE, D.: «The Free Movement of Persons...», *op. cit.*, pág. 14, y WECHEL, P.: «La Convention Additionnelle...», *op. cit.*, pág. 416, para quien dicho instrumento no impide la admisión de refugiados de facto a través de las cláusulas de autoatribución de la competencia para analizar una solicitud de asilo (vid. *infra*, apartado II, epígrafe 6). En un sentido similar, STEFANINI, P. y DOUBLET, F.: «Le droit d'asile en Europe...», *op. cit.*, pág. 395. El fenómeno de los refugiados *de facto* ha sido objeto de un especial estudio en el marco del Consejo de Europa. Sobre los trabajos que en torno a dicho tema se han venido desarrollando en el mismo, vid. BEGHE LORETI, A.: *Rifugiati e richiedenti asilo...*, *op. cit.*, págs. 61-63.

ción en el Convenio del término asilo, cuyo componente territorial es inequívoco. Y, en segundo lugar, por los efectos de la atribución de responsabilidad a un determinado Estado, que —como tendremos ocasión de señalar más adelante— se extienden no sólo al examen de la solicitud de asilo, sino también a la toma a cargo del solicitante y su correspondiente admisión en el territorio del Estado responsable (21).

En cualquier caso, aunque sobre la base de tales argumentos ha de entenderse que tanto el Convenio de Aplicación de Schengen como el Convenio de Dublín parten de la misma concepción del asilo, que incluye el reconocimiento del correspondiente permiso de residencia, no puede dejar de criticarse la imprecisión del segundo de los instrumentos, que puede inducir a error sobre el alcance de la protección que se pretende reconocer y, por otro lado, puede provocar contradicciones con otros preceptos contenidos en el propio Convenio.

4. Por último, en estrecha relación con la problemática de la protección territorial, la vinculación con la Convención de Ginebra de 1951 del concepto de asilo contemplado en los Convenios de Aplicación de Schengen y de Dublín, va a tener una importante consecuencia en el plano de la admisión temporal del extranjero solicitante de asilo en el territorio de los Estados miembros, por aplicación del principio de *non-refoulement* contenido en el texto ginebrino. A este respecto hay que tener en cuenta que la Convención de Ginebra parte del supuesto de la salida directa del particular del territorio del Estado en que sufre persecución. Y, por consiguiente, el principio de *non-refoulement* tan sólo prohíbe devolver o expulsar al extranjero hacia el país en que efectivamente sufre o puede sufrir persecución, quedando a salvo la posible expulsión o devolución hacia un tercer Estado seguro; de modo muy especial si la llegada al país en que se solicita asilo no se realiza de modo directo, sino a través de un tercer país de tránsito considerado ya como primer país de asilo o acogida.

Esta circunstancia ha sido tomada en consideración por los Convenios de Aplicación de Schengen y de Dublín, en cuyos textos se reconoce expresamente que el compromiso genérico de examen de toda solicitud de asilo no «obligará a una Parte Contratante a autorizar en todos los casos la entrada o estancia del solicitante de asilo en su territorio», conservando «el derecho a devolver o expulsar a un solicitante

(21) Vid. *infra*, apartado IV.

de asilo a un tercer Estado, con arreglo a sus disposiciones nacionales y a sus obligaciones internacionales» (22). Se consolida de esta forma una interpretación del principio de *non-refoulement* que es conforme con las exigencias de la Convención de 1951, pero cuya incidencia supera la aplicación de tal principio para convertirse en condición de aplicabilidad de los propios Convenios de Schengen y Dublín. Ya que, por aplicación de dichos preceptos, los instrumentos mencionados tan sólo van a entrar en funcionamiento cuando no se pueda proceder a la expulsión del extranjero que solicita el asilo; o, lo que es lo mismo, cuando no sea posible identificar la existencia de un país de tránsito que pueda considerarse como país seguro de primera acogida.

Esta conclusión sitúa, pues, en sus justos términos el alcance de los Convenios de Schengen y Dublín por lo que se refiere a la supresión del fenómeno de los refugiados «en órbita», que tan sólo se produce en el interior del espacio comunitario, subsistiendo en los supuestos en que el reenvío del solicitante de asilo se produce entre un Estado comunitario y un tercer Estado extracomunitario (23). Ello puede generar importantes desequilibrios, incluso en el interior del continente europeo, que aconsejan la celebración de acuerdos complementarios que permitan la extensión del mecanismo de determinación del Estado responsable más allá del ámbito comunitario (24).

(22) Convenio de Aplicación de Schengen, artículo 29, párrafo 3. Por su parte, el Convenio de Dublín prevé que «todo Estado miembro conservará la posibilidad, en aplicación de su derecho nacional, de enviar a un Estado tercero a un solicitante de asilo, respetando las disposiciones de la Convención de Ginebra, modificada por el Protocolo de Nueva York» (art. 3, párrafo 5).

(23) Así, desde una perspectiva positiva, se puede afirmar con STEFANINI y DOUBLET, que «(...) à la faveur de la Convention, les demandeurs d'asile en Europe acquièrent une garantie nouvelle fondamentale: s'il n'existe aucun État tiers dans lequel ils peuvent être renvoyés, il existera nécessairement un État européen auprès duquel ils pourront faire valoir leur prétention au statut et obtenir le cas échéant, une protection» («Le droit d'asile en Europe...», *op. cit.*, pág. 395).

(24) Esta necesidad ha sido ya contemplada en el marco de la cooperación complementaria en materia de asilo que se desarrolla tanto en Schengen como en la cooperación «a Doce», siendo de destacar especialmente la adopción de un Protocolo sobre readmisión de extranjeros, celebrado entre los países del Grupo Schengen y Polonia el 21 de marzo de 1991. La Comisión, por su parte, aún reconociendo esta necesidad, ha advertido sobre el peligro de ampliar prematuramente el ámbito espacial del Convenio de Dublín antes de garantizar su plena eficacia en el plano comunitario (*Comunicación...*, *op. cit.*, Documento de reflexión, párrafo 20, pág. 13).

A lo que se añade la necesidad de establecer criterios comunes tanto por lo que se refiere al concepto de país seguro de origen y al de país de primer asilo o acogida, que garanticen una aplicación uniforme de los Convenios de Schengen y Dublín. Objeto en torno al que se viene desarrollando una amplia cooperación complementaria entre los Estados comunitarios, tanto a nivel del Grupo de Schengen como —muy especialmente— de la cooperación «a Doce» (25).

II. CRITERIOS DE DETERMINACIÓN DEL ESTADO RESPONSABLE

1. La determinación del Estado responsable de examinar una solicitud de asilo de conformidad con el Convenio de Dublín y con el Convenio de Schengen es el resultado de la aplicación de un conjunto de criterios que, con algunas matizaciones, se recogen de forma similar en ambos instrumentos. Dichos criterios reflejan de manera muy acusada la estrecha relación existente entre la posición adoptada por los Estados comunitarios respecto del asilo y la política de inmigración. De tal forma que, como regla general, se puede afirmar que tales criterios giran en torno a la atribución de responsabilidad al Estado que ha permitido el acceso a su territorio (26), o ha tolerado la permanencia en el mismo, de extranjeros que se convierten en solicitantes de asilo. Regla que se modula por criterios humanitarios o de otra índole que tendremos ocasión de analizar más tarde.

Aunque los Convenios de Schengen y Dublín no establecen una clasificación sustantiva de criterios, limitándose a establecer las reglas de prelación entre los mismos, es posible agruparlos en función de su generalidad o especialidad, así como en función de la unidad o pluralidad de solicitudes concurrentes en un mismo supuesto. Atendiendo a ambos parámetros analizaremos seguidamente los distintos criterios de atribución de la responsabilidad contenidos en los Convenios de Schen-

(25) Vid. HAILBRONNER, K.: «Perspectives of a Harmonization...», *op. cit.*, págs. 933-936.

(26) En este sentido, PEAUCELLE, J.-C.: «L'immigration et la libre circulation des personnes...», *op. cit.*, pág. 521; STEFANINI, P. y DOUBLET, F.: «Le droit d'asile en Europe...», *op. cit.*, pág. 397; VILLEGAS MARTÍNEZ, J.: «El Acuerdo de Schengen y la libre circulación de personas en la Comunidad Económica Europea», en *Boletín de Documentación del Ministerio del Interior*, núm. 125 (1991), pág. 47.

gen y Dublín, para acabar con una referencia a los supuestos excepcionales en que un Estado puede examinar una solicitud de asilo a pesar de no ser responsable de la misma de conformidad con los criterios fijados en ambos instrumentos.

2. Aplicando la regla general antes mencionada, se pueden identificar cuatro *criterios generales*, a través de los cuales se establece una responsabilidad en cascada en virtud de la cual el Estado encargado de examinar la solicitud de asilo será aquél que:

1.º haya autorizado expresamente la entrada del extranjero en territorio nacional a través de la expedición de un visado o permiso de residencia (27);

2.º haya autorizado la entrada del extranjero en territorio nacional como consecuencia de la exención del visado a tal fin (28);

3.º haya permitido la entrada del extranjero en el territorio nacional, de forma irregular, como consecuencia del incumplimiento del deber de vigilancia de las propias fronteras (29);

4.º por último, aquel ante el que se haya presentado la solicitud,

(27) Convenio de Dublín, artículo 5 y Convenio de Aplicación de Schengen, artículo 30.1.a). A los efectos de la aplicación de este criterio el elemento determinante es la voluntad real del Estado, por lo que en caso de que tales documentos hayan sido expedidos mediando autorización de un tercer Estado, la responsabilidad recaerá directamente sobre este último (Convenio de Dublín, art. 5.2.a) y Convenio de Aplicación de Schengen, art. 30.1.a), *in fine*). A este respecto es de destacar que el Convenio de Dublín garantiza más adecuadamente el principio de la seguridad jurídica, al exigir que la autorización conste por escrito para que la transferencia de responsabilidad tenga lugar. En el caso de documentos múltiples, el permiso de residencia o visado válido para determinar el Estado responsable será —como regla general— aquél que tenga una mayor vigencia temporal (Convenio de Aplicación de Schengen, art. 30.1.b), y Convenio de Dublin, art. 5.3).

(28) Convenio de Dublín, art. 5.2.b) y c); Convenio de Aplicación de Schengen, art. 30.1.d). En este caso, aún en el supuesto de que el solicitante obtenga un visado de tránsito en un tercer Estado, la expedición de tal documento no será relevante a la hora de determinar el Estado responsable, siempre que el Estado que expida el visado se haya asegurado ante las autoridades del país de destino final que el particular no precisa de visado y cumple los restantes requisitos exigidos para la entrada en el país. Al igual que sucede respecto de la autorización para expedir el visado, en este supuesto el Convenio de Dublin exige que tal información conste por escrito a los efectos de eximir de responsabilidad al Estado que emite el visado de tránsito.

(29) Convenio de Dublín, artículo 6, y Convenio de Aplicación de Schengen, artículo 30.1.e).

cuando no resulte de aplicación ninguno de los restantes criterios contemplados en los Convenios de Schengen y Dublín (30).

La principal virtualidad de los citados criterios —y por ende de los Convenios de Schengen y Dublín— radica en que a través de los mismos se define un mecanismo que permite identificar siempre al Estado responsable de examinar una concreta solicitud de asilo, ya que en último caso entra en juego la cláusula residual mencionada en último lugar. Lo que constituye, sin lugar a dudas, la principal virtud del sistema instaurado en ambos Convenios, en la medida en que a través de un esfuerzo de racionalización y objetivación contribuyen a incrementar la seguridad del solicitante de asilo.

La aplicación de tales criterios por el orden mencionado obedece, como es obvio, a la propia aproximación al asilo desde la perspectiva de la política de inmigración, lo que explica la prioridad atribuida a los documentos de viaje que permiten la entrada regular en territorio de un Estado miembro. Prioridad que es de tal naturaleza que su valor para determinar la responsabilidad del Estado se mantiene aún después de la caducidad de tales documentos, siempre que los mismos hayan servido para permitir la entrada efectiva del extranjero en el espacio europeo y que éste no haya abandonado con posterioridad el territorio nacional de los Estados miembros (31). En definitiva, siempre que continúe, aunque sea *de facto*, bajo la jurisdicción de uno de tales Estados.

Aunque los cuatro criterios generales antes enumerados se incluyen tanto en el Convenio de Aplicación de Schengen como en el Convenio de Dublín, su regulación no es idéntica en ambos textos, apreciándose diferencias y matices que se refieren tanto al orden de aplicación de los mismos como a su alcance absoluto o restringido. Dejando al margen las diferencias basadas en la prelación, que son menores y se producen además, salvo en el caso que luego señalaremos de la reunificación familiar, en el interior de un mismo criterio formal (32), la dife-

(30) Convenio de Dublín, artículo 8, y Convenio de Aplicación de Schengen, artículo 30.3.

(31) Convenio de Dublín, artículo 5.4, y Convenio de Aplicación de Schengen, artículo 30.1.c).

(32) Se trata fundamentalmente del distinto tratamiento dado al permiso de entrada y al visado, que mientras que en el Convenio de Schengen actúan de forma indistinta, en el Convenio de Dublín están sometidos a un criterio de prelación que prima el permiso de residencia frente al visado. Distinción que se completa, siempre en el marco del Convenio de Dublín, con alguna diferencia puntual en la forma en que ambos documentos actúan.

rencia de mayor envergadura entre ambos textos se refiere al carácter absoluto o relativo con que, respectivamente, actúan estos criterios en el Convenio de Aplicación de Schengen y en el Convenio de Dublín. Diferencia que se proyecta en tres planos: la entrada irregular del extranjero, la entrada con exención de visado y la utilización como criterio de atribución de la responsabilidad de un permiso de residencia o de un visado caducados.

Comenzando por la regla que atribuye la responsabilidad al Estado que permitió la entrada ilegal o irregular en su territorio del extranjero que solicita el asilo, ésta se aplica con carácter absoluto en el Convenio de Aplicación Schengen, al margen de los posteriores desplazamientos del solicitante en el interior del «espacio comunitario». Por el contrario, en el Convenio de Dublín se relativiza, de forma que si el solicitante se traslada posteriormente al territorio de otro Estado miembro y reside en él durante al menos seis meses antes de presentar la solicitud de asilo ante sus autoridades, será este segundo Estado el que resultará responsable del examen de la solicitud, liberándose aquél por cuya frontera entró por primera vez e irregularmente el extranjero en el «espacio comunitario» (33).

Otro tanto sucede por lo que se refiere a la entrada con exención de visado, criterio respecto del cual el Convenio de Dublín permite una alteración de la responsabilidad para el caso de que la solicitud de asilo no se presente ante el Estado por cuyas fronteras entró legalmente el extranjero en el espacio comunitario, sino ante un segundo Estado a cuyo territorio se ha trasladado y que tampoco exija visado de entrada al solicitante. En este caso, la responsabilidad recaerá sobre el Estado ante el que se presente la solicitud y no sobre aquél que permitió la entrada del solicitante en el «territorio común» (34).

Por último, en el caso de los permisos de residencia o visados caducados, el Convenio de Dublín añade una nueva exigencia a los dos requisitos previstos en el Convenio de Aplicación de Schengen para que tales documentos surtan efectos a la hora de determinar el Estado responsable de examinar una concreta solicitud de asilo. En virtud de la misma los documentos caducados tan sólo serán válidos a los efectos reseñados durante un determinado plazo, que es de dos años en el

(33) Convenio de Dublín, artículo 6, párrafo cuarto.

(34) Convenio de Dublín, artículo 7.

caso de los permisos de residencia y de seis meses en el caso de los visados. Transcurrido este plazo se produce un desplazamiento de la responsabilidad, que se atribuye al «Estado miembro en el que se haya presentado la solicitud» (35), con lo que se prima de nuevo la residencia, legal o ilegal, y su tolerancia estatal frente a la entrada.

Es obvio que este distinto tratamiento de los criterios generales en los Convenios de Schengen y Dublín redundaría en el establecimiento de obligaciones más gravosas en el primero de los Convenios, en el que la identificación entre Estado responsable para el examen de la solicitud de asilo y Estado responsable de la entrada del extranjero en el «territorio común» es prácticamente absoluta. Lo que obliga a preguntarse sobre la razón de tal diferencia cuando nos encontramos ante dos instrumentos convencionales que parten de un mismo concepto de asilo y se insertan en un bloque de actividades tendentes a garantizar un objetivo común, la libre circulación de personas en el marco del mercado interior.

La respuesta a esta pregunta ha de venir dada por la posición que ambos instrumentos adoptan frente a la supresión de los controles en las fronteras interiores en el proceso de realización del mercado interior. A este respecto, es preciso llamar la atención sobre el hecho de que el Convenio de Aplicación de Schengen responde precisamente a la finalidad de suprimir tales controles y toma como punto de referencia la existencia de un «espacio interior común». Por el contrario, el Convenio de Dublín, nacido en el marco de la cooperación «a Doce», no puede tomar en consideración la existencia de tal espacio, que no forma parte de la regulación propia de dicho Convenio ni del sistema general de la citada cooperación mientras no se llegue a un acuerdo final sobre el Convenio de Fronteras Exteriores. Por consiguiente, el Convenio de Dublín no introduce ningún elemento que altere las obligaciones genéricas de los Estados respecto de la vigilancia de sus fronteras, en las que en todo caso se presume el mantenimiento de controles. Frente a ello, el Convenio de Aplicación de Schengen sí modifica esta obligación, imponiendo un especial deber de diligencia sobre aquellos Estados cuyas fronteras son calificadas de «exteriores», ya que a través de las mismas van a entrar en territorio común extranjeros que podrán

(35) Artículo 5.4, párrafo segundo.

desplazarse *de facto* en este espacio interior como consecuencia del juego de la libre circulación de personas.

Ante este doble planteamiento, las consecuencias que se deducen en el plano de la responsabilidad son evidentes, como se pone especialmente de manifiesto en el supuesto de la entrada irregular de extranjeros. Si en el Convenio de Schengen el deber de vigilancia de las fronteras no responde a parámetros igualitarios, tampoco se justifica que se deduzcan iguales consecuencias de la negligencia en el cumplimiento de tal deber. Muy al contrario, las consecuencias han de ser más gravosas para el Estado a través de cuyas fronteras exteriores penetre irregularmente el extranjero en el territorio común, al tiempo que se debilita la responsabilidad del Estado en cuyo territorio entre el extranjero tan sólo por aplicación del principio de supresión de controles en las fronteras interiores. Frente a ello, las reglas del Convenio de Dublín que permiten un desplazamiento de la responsabilidad del plano de la entrada al plano de la permanencia, son la lógica consecuencia de la paridad de obligaciones existentes entre los Estados. Ya que si bien es cierto que el solicitante de asilo entró por primera vez en territorio común a través de las fronteras deficientemente vigiladas de un Estado miembro, no lo es menos que permanece en el interior de este espacio —desplazándose a otro territorio nacional— como consecuencia del mismo hecho, puesto que en todo caso la frontera entre ambos Estados comunitarios continúa siendo, a los efectos de la cooperación «a Doce», una frontera exterior.

Este mismo argumento puede trasladarse *mutatis mutandi* a los otros dos supuestos antes mencionados, que obedecen a la misma *ratio* de preservar el equilibrio entre las obligaciones asumidas en el proceso de realización del mercado interior, especialmente respecto de la libre circulación de personas, y la atribución de responsabilidad para examinar una solicitud de asilo. Nos encontramos de esta forma ante una de las principales diferencias existentes entre las disposiciones del Convenio de Aplicación de Schengen en materia de asilo y el Convenio de Dublín, sobre la que tendremos ocasión de volver más adelante al analizar la compatibilidad de ambos instrumentos y los problemas planteados por su coexistencia.

4. Junto a estos criterios generales, los Convenios de Schengen y Dublín contemplan dos *criterios especiales* que se aplican, respectivamente, a los supuestos de reunificación familiar y de solicitud de asilo en las zonas de tránsito de los aeropuertos.

En virtud del primero de los criterios, cuando la solicitud procede de un extranjero cuya familia, o algún miembro de la misma, haya obtenido el reconocimiento del estatuto de refugiado y el derecho de residencia en el territorio de uno de los Estados Partes, éste resultará directamente responsable del examen de la nueva solicitud, siempre que el solicitante consienta en ello (36). Aunque este criterio se regula de modo diferente en el Convenio de Aplicación de Schengen y en el Convenio de Dublín por lo que se refiere a la prelación respecto de los restantes criterios, tal diferencia es tan sólo aparente puesto que, en la práctica, la estructura del criterio de la reunificación familiar y la exigencia de la voluntad del solicitante le imprimen un carácter de especialidad que está presente en ambos Convenios y que obliga a su aplicación preferente.

En todo caso, al margen de lo señalado, es preciso llamar la atención sobre el alcance sumamente restrictivo que en ambos textos se atribuye al concepto de familia, entendida en el sentido nuclear del término, que abarca tan sólo a las relaciones conyugales y paternofiliales, en este último caso reduciéndolo al período de minoría de edad de los hijos. Concepción que, al margen de las contradicciones en que puede incurrir respecto de su confrontación con los conceptos de familia imperantes en los ordenamientos internos de los Estados miembros, resulta especialmente criticable en tanto en cuanto excluye la aplicación de este criterio a supuestos en los que existe un lazo afectivo no formalizado o un vínculo familiar más amplio, pero que —atendiendo a la naturaleza humanitaria del asilo— debería ser igualmente objeto de una protección especial por razón de la realidad personal que refleja (37).

(36) Convenio de Dublín, artículo 4, y Convenio de Aplicación de Schengen, artículo 35.

(37) En efecto, este concepto restrictivo de la familia no es coherente con los conceptos vigentes en algunos Estados miembros, en especial en aquellos en los que se reconocen fórmulas de protección respecto de las uniones de hecho. En el caso español, la Ley 5/1984, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, interpreta en un sentido más amplio el principio de la reunificación familiar, y en su artículo 10.1 —que permanece inmutable en el Proyecto de Ley de Modificación— prevé que «[l]a condición de asilado se concederá, por extensión, a los ascendientes y descendientes en primer grado y al cónyuge del asilado, o a la persona con la que se halle ligado por análoga relación de afectividad y convivencia, salvo los casos de separación legal, separación de hecho, divorcio, mayoría de edad o independencia familiar, en los que se valorará, por separado, la situación de cada miembro de la familia». Por otro lado, el

El segundo de los criterios especiales a los que se ha hecho mención tan sólo se contempla en el Convenio de Dublín. Se trata de aquellos supuestos en los que un Estado Parte autoriza el tránsito internacional en zonas *ad hoc* de sus aeropuertos sin necesidad de obtener un visado al efecto. Dicho tránsito no se considerará como entrada en el país a los efectos de aplicar los criterios de atribución de la responsabilidad, siempre que el particular no salga de la zona en cuestión (38). Se trata de un tema que, en principio, guarda mayor relación con las reglas generales de la inmigración que con la regulación del asilo. Sin embargo, es evidente que la mera autorización de tránsito sin visado puede incidir en el proceso de solicitud de asilo. Y a tal efecto, la libertad reconocida al Estado para no exigir visado en las zonas de tránsito, se corresponde con la imposición de una responsabilidad especial para examinar toda demanda de asilo que se presente en las mismas (39).

5. Los criterios hasta ahora analizados parten de la existencia de una solicitud única. Sin embargo, como ya se apuntó en su momento, la existencia de solicitudes múltiples, bien sean simultáneas o sucesivas, constituye un elemento frecuente en la práctica del asilo en los países europeos, que obedece a muy variadas razones y constituye uno de los componentes característicos del fenómeno del «abuso del asilo» en la Europa comunitaria. Por ello, tanto el Convenio de Aplicación de Schengen como el de Dublín contemplan soluciones específicas para tal supuesto, que se proyectan tanto en el plano de los principios que inspiran ambos instrumentos como en el de los criterios de determinación del Estado responsable.

En el primero de los planos, los Estados se comprometen a que toda solicitud de asilo sea objeto de examen, pero sólo por uno de los Estados Partes en ambos Convenios (40). Este principio se traslada igualmente al plano de los criterios, de forma especial en el Convenio de Aplicación de Schengen que contiene una regla específica para el

concepto de familia contemplado en los Convenios de Schengen y Dublín, puede entrar incluso en conflicto con la propia normativa comunitaria aplicable a los supuestos de reunificación familiar de trabajadores extranjeros, en la que se recoge un concepto más amplio de las relaciones familiares. Vid. O'KEEFE, D.: «The Free Movement of Persons...», *op. cit.*, pág. 14, en especial nota 48.

(38) Artículo 7.2.

(39) Artículo 7.3.

(40) Vid. *supra*, nota 5.

caso de solicitudes múltiples. En virtud de la misma, el Estado responsable de examinar una solicitud reiterativa será aquél que o bien *ya está* estudiando una solicitud presentada por el mismo particular (41), o bien *ya ha estudiado y resuelto* sobre dicha solicitud. En este último caso, con la limitación de que el solicitante no haya abandonado el territorio común en el período transcurrido entre la presentación de una y otra solicitud (42). En caso contrario, no podría hablarse de solicitudes múltiples y hay que entender que la presentación de una nueva solicitud tras el abandono del territorio de los Estados miembros pondría de nuevo en marcha el mecanismo de determinación del Estado responsable, computándose a todos los efectos como una primera solicitud de asilo. Por su parte, el Convenio de Dublín no contiene regla específica alguna para el caso de solicitudes múltiples, pero un resultado similar puede deducirse de la aplicación del criterio residual de atribución de responsabilidad, conforme al cual ésta recaerá sobre «el primer Estado miembro al que haya sido presentada la solicitud de asilo» (43). Criterio que, a través de la introducción del elemento objetivo de la prioridad *ratione temporis*, viene a reforzar la finalidad antes señalada de eliminar la práctica de la interposición sucesiva de solicitudes de asilo en distintos Estados miembros.

La consecuencia lógica de estos criterios, en especial en los casos en que ya ha recaído un pronunciamiento definitivo sobre la solicitud de asilo, es que la decisión adoptada por un Estado vincula a los restantes, que se verán impedidos de examinar nuevamente una solicitud de contenido idéntico. Al menos mientras que el solicitante permanezca en el interior del territorio de los Estados Partes. Este efecto es el resultado lógico de la propia finalidad y estructura que subyacen en los Convenios de Schengen y Dublín por lo que se refiere a la libre circulación de personas en el mercado interior. Sin embargo, desde la perspectiva del solicitante de asilo, va a tener como consecuencia la limitación de su derecho a buscar asilo; limitación que opera a través de dos vías. En primer lugar, la relativa a la elección del país de asilo, que viene modulada por la aplicación de los criterios de determinación del Estado responsable. Y en segundo lugar, la limitación adicional

(41) Artículo 30.1.f).

(42) Artículo 30.1.g).

(43) Artículo 8.

consistente en la imposibilidad de introducir una nueva solicitud ante un Estado Parte en los mencionados Convenios cuando otro Estado Parte haya emitido una resolución desestimatoria (44).

La importancia de estas limitaciones obliga a reflexionar, siquiera sea brevemente, sobre la compatibilidad de las reglas que conducen a estos resultados con las obligaciones asumidas por los Estados firmantes de los Convenios de Schengen y Dublín en virtud de otros tratados internacionales, en particular la Convención de Ginebra de 1951 y el Protocolo de Nueva York de 1967 que definen el estatuto de los refugiados.

Por lo que se refiere a la primera de las cuestiones, hay que tener en cuenta que si bien la búsqueda de un lugar de asilo seguro se configura en el Derecho Internacional contemporáneo como un derecho del individuo que sufre persecución, tal derecho se corresponde con una facultad discrecional del Estado para concederle o no —en virtud de su soberanía— una paralela protección territorial (45). A lo que hay que añadir que el derecho a la búsqueda de un lugar seguro no se traduce en un derecho subjetivo ejercitable con carácter universal y absoluto, actuando únicamente a través de la protección que se deriva del principio de *non-refoulement* previsto en la Convención de 1951 que tan sólo impone obligaciones a los Estados para el supuesto de que el particular proceda directamente del territorio en que sufre persecución, y tan sólo prohíbe su devolución a un territorio en que pueda

(44) En contra parece manifestarse la doctrina francesa, que mantiene la falta de eficacia extraterritorial de una decisión denegatoria del asilo en base a la cláusula de salvaguardia que permite al Estado analizar una solicitud aún en el supuesto de que no resulte responsable por aplicación de los criterios objetivos analizados. Vid. NOREK, C.: «Le droit d'asile...», *op. cit.*, pág. 205. A nuestro entender se trata de una interpretación que no cabe mantener desde una perspectiva finalista que garantice la eficacia del sistema de atribución de responsabilidad contenido en ambos Convenios, entre cuyos objetivos —no puede olvidarse— se encuentra el de la eliminación de las solicitudes reiterativas. Vid. *infra*, nota 52.

(45) En este sentido cabe recordar que la declaración programática contenida en el artículo 14 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, conforme a la cual «en caso de persecución toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país», ha ser modulada por los propios *Pactos Internacionales de Derechos Humanos*, en los que no se contempla el asilo como un auténtico derecho subjetivo. Junto a ello, la *Declaración sobre el Asilo Territorial*, aprobada por la R. 2312 (XXII) de 14 de diciembre de 1967 de la Asamblea General, declara expresamente en su artículo 1 que el asilo lo concede el Estado «en el ejercicio de su soberanía».

correr un peligro inminente para su vida, libertad o seguridad (46). Desde estos parámetros, deducir un derecho de libre elección del país de asilo a favor de la persona que sufre persecución resulta a todas luces imposible, al margen de otras consideraciones de tipo humanitario sobre las que volveremos ulteriormente.

Otro tanto cabe afirmar en relación con la imposibilidad de introducir una nueva solicitud de asilo tras una eventual respuesta desestimatoria. En este plano tampoco la Convención de Ginebra impone obligaciones específicas, salvo las relativas a la aplicación de los criterios que en la misma se contienen para la definición del concepto de refugiado. Desde esta perspectiva, nada impide que un grupo de Estados Partes en la Convención establezca un mecanismo específico por el que, al tiempo que se comprometen a dar una respuesta a toda solicitud de asilo que les sea presentada, otorgan a uno de ellos la competencia para pronunciarse sobre el fondo del asunto, de tal manera que la decisión adoptada por éste sea vinculante para el resto de los Estados (47), siempre que con ello no se viole *de facto* el principio básico de *non-refoulement*. Solución que, con no ser exclusiva de la actividad comunitaria en la materia (48), se adecúa muy especialmente a la finalidad integradora que inspira la cooperación intergubernamental en este ámbito.

Se trata, pues, de una solución que en principio no perjudica el derecho de un particular perseguido a buscar asilo y que, además, responde a un criterio de racionalización que es conforme con el principio de seguridad jurídica y que ofrece el interés añadido de paliar el triste fenómeno de los refugiados «en órbita». Sin embargo, con ser loable este esfuerzo de racionalización, no pueden dejar de considerarse otros elementos, de naturaleza igualmente jurídica, cuya existencia puede incidir negativamente sobre la eficacia del propio sistema. En particular la inexistencia de una regulación material del asilo a nivel comunitario, que se traduce en la subsistencia de una pluralidad de normativas nacionales, que junto a las restantes obligaciones internacionales que en materia de asilo haya asu-

(46) Vid. arts. 31 y 32 de la Convención de Ginebra.

(47) En este sentido, HAILBRONNER, K.: «Perspectives of a Harmonization...», *op. cit.*, págs. 925-926. Vid. igualmente BARONTINI, G.: «Sulla competenza per l'esame delle domande di asilo secondo le Convenzioni di Schengen et di Dublino», en *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. LXXV, fasc. 2 (1992), págs. 343-344.

(48) Piénsese al respecto que la utilización de esta fórmula ha sido tomada también en consideración por el propio Consejo de Europa.

mido el Estado responsable, constituyen la base normativa por la que se regirá el tratamiento de una concreta solicitud de asilo y la respuesta dada a la misma (49). Esta remisión a la legislación nacional, que se extiende tanto a las causas y procedimientos para otorgar el asilo como a las normas que regulan las prestaciones asistenciales durante el período de tramitación, introduce un elemento de diversificación que va a incidir negativamente sobre la aplicación uniforme del sistema pretendido por la cooperación intergubernamental en materia de asilo. A este respecto piénsese, simplemente, en los distintos niveles de prestaciones asistenciales existentes en los Estados miembros o en los distintos porcentajes de reconocimiento del asilo en uno y otro, lo que puede justificar —desde la perspectiva del solicitante— la preferencia por la intervención de uno u otro sistema jurídico nacional.

Por consiguiente, y al margen de que las reglas que acabamos de analizar no sean, en efecto, contrarias a la Convención de Ginebra de 1951, es preciso llamar la atención sobre los efectos distorsionadores que puede tener la falta de armonización material de las legislaciones nacionales en materia de asilo. Lo que permite, entre otras consecuencias, que una misma situación de hecho sea considerada digna de protección en un país comunitario y no lo sea en otro país vecino. Desde esta perspectiva, y al margen de otras consideraciones, es obvio que la oponibilidad de la decisión adoptada en un Estado frente a los restantes y la imposibilidad para el particular de iniciar un nuevo procedimiento, no pueden escapar a la crítica, al menos en tanto en cuanto no se consolide una política propiamente común en materia de asilo.

6. Para finalizar el análisis de los criterios recogidos en los Convenios de Schengen y Dublín hay que llamar la atención sobre el hecho de que la aplicación de los mismos puede ser exceptuada por la voluntad de cualquier Estado Parte que libremente decida examinar una solicitud, a pesar de no ser responsable de la misma conforme a los criterios objetivos hasta ahora analizados. Se otorga de esta forma al Estado una facultad que puede ejercer a través de dos fórmulas diferenciadas, a saber: que el Estado voluntariamente asuma tal responsa-

(49) Convenio de Dublín, artículo 3, párrafo 3. El Convenio de Aplicación de Schengen es más restrictivo al respecto, ya que en su artículo 32 tan sólo se contempla la intervención de la legislación nacional. No obstante, incluso en este caso, queda a salvo la aplicación de la Convención de Ginebra de 1951 y del Protocolo de Nueva York de 1967 en el proceso de examen de una solicitud de asilo.

bilidad en virtud de la solicitud que le es presentada por un particular (50); o que esta aceptación voluntaria de responsabilidad se produzca a instancia de otro Estado Parte ante el que se presentó la solicitud, que alega a tal fin razones humanitarias basadas, en particular, en motivos familiares o culturales (51).

Ambas fórmulas actúan como válvulas de seguridad del sistema que permiten al Estado analizar una solicitud al margen de las reglas generales. Sin embargo, partiendo de este elemento común, una y otra fórmula parecen responder a distintas finalidades. Así, si en el primero de los casos el objetivo no es otro que permitir que todo Estado Parte pueda cumplir con las obligaciones específicas que en materia de asilo le impone su legislación interna o, en su caso, una norma internacional (52), en el segundo de los supuestos la valoración teleológica del

(50) Convenio de Dublín, artículo 3, párrafo 4; Convenio de Aplicación de Schengen, artículo 29, párrafo 4.

(51) Convenio de Dublín, artículo 9, y Convenio de Aplicación de Schengen, artículo 36.

(52) En este sentido lo ha entendido el Consejo Constitucional francés, en su Decisión núm. 91-294 DC, de 25 de julio de 1991, relativa a la constitucionalidad de la Ley que autoriza la aprobación del Convenio de Aplicación de Schengen, en la que tras constatar que «toute fois, le paragraphe 4 de l'article 29 réserve le droit de toute partie contractante "pour des raisons particulières tenant notamment au droit national" d'assurer le traitement d'une demande d'asile même si la responsabilité incombe à une autre partie», concluye que «ces dernières stipulations sont appelées à recevoir application au profit des personnes susceptibles de bénéficier du droit d'asile en vertu du quatrième alinéa du préambule de la Constitution de 1946» (vid. *Revue française de Droit administratif*, vol. 8/2 (1992), pág. 182). Respecto de esta decisión, vid. LUCHAIRE, F.: «Le Conseil Constitutionnel et la souveraineté nationale», en *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, núm. 6 (1991), pág. 1506, donde afirma «(...) or, chaque État peut revoir le traitement du droit d'asile assuré par un autre État signataire afin d'assurer le respect de son "Droit national"; la France a donc les moyens de faire respecter sa Constitution». En un sentido similar vid. STEFANINI, O. y DOUBLET, F.: «Le droit d'asile en Europe...», *op. cit.*, pág. 396. Se trata, sin embargo, de una interpretación literal que difícilmente se puede sostener atendiendo al espíritu de los Convenios de Schengen y Dublín; muy especialmente si se tiene en cuenta que ambos pretenden establecer un sistema común cuya eficacia pasa necesariamente por el reconocimiento de eficacia a las decisiones válidamente adoptadas por otro Estado a los efectos de garantizar que tan sólo un Estado analizará cada una de las solicitudes presentadas en el interior del espacio común. En este sentido, HAILBRONNER, K.: «Perspectives of a Harmonization...», *op. cit.*, pág. 923-924, quien llama la atención sobre el origen de estas reglas, que no es otro que facilitar a la República Federal de Alemania que pueda cumplir con las obligaciones derivadas del artículo 16 de su norma constitucional. Curiosamente, en la actualidad ha sido Alemania

mismo resulta más difícil. Y en tal sentido, si bien es cierto que responde a una finalidad humanitaria sobre la que el propio ACNUR ha llamado reiteradamente la atención, no es menos cierto que la intervención de un tercer Estado pone en contacto este mecanismo con un eventual modelo de reparto de cargas entre los Estados miembros (53). Lo que reviste un especial interés dada la situación de desequilibrio imperante en Europa en materia de asilo, que hace recaer sobre un reducido número de Estados la mayoría de las solicitudes presentadas. No obstante, este segundo supuesto de aceptación voluntaria de responsabilidad por parte de un Estado encuentra el límite objetivo del consentimiento del solicitante, que impedirá toda posible transferencia de responsabilidad basada únicamente en el interés del Estado. Límite que, a todas luces, es plenamente coherente con la finalidad protectora y humanitaria de la institución del asilo.

En cualquier caso, la utilización de las dos fórmulas de autoatribución de responsabilidad habrá de realizarse necesariamente con carácter de excepcionalidad, de acuerdo con su naturaleza de cláusula de salvaguardia. Lo contrario equivaldría a una quiebra de la eficacia del sistema previsto en los Convenios de Schengen y Dublín, que se encuentra en relación directa con la aplicación homogénea y uniforme de sus disposiciones (54). Sólo en este sentido cabe entender el proceso

uno de los Estados que más claramente ha apoyado la necesidad de proceder a una armonización material y formal del asilo, sin duda como consecuencia del cambio de planteamiento operado a nivel interno, que ha llevado a los principales grupos políticos del país a adoptar un acuerdo sobre la reforma constitucional del artículo 16.

(53) En realidad el sistema previsto en los Convenios de Schengen y Dublín, globalmente considerado, responde al principio del reparto de la carga entre los Estados signatarios, aunque —es cierto— bajo parámetros distintos a los que parecen inspirar esta segunda fórmula de autoatribución de competencia a instancia de un segundo Estado. Vid. WECKEL, P.: «La Convention additionnel...», *op. cit.*, págs. 407 y 412.

(54) La Comisión ha llegado más lejos en su *Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo sobre el derecho de asilo*, en la que al hilo de una reflexión general sobre la necesidad de armonizar tanto formal como materialmente el derecho de asilo, afirma lo siguiente: «Una solicitud de asilo debe recibir un mismo tratamiento y dar lugar a una decisión análoga en cuanto al fondo en cualquier lugar del espacio sin fronteras. La decisión de un Estado miembro de tramitar una solicitud debe reconocerse, de acuerdo con el Convenio de Dublín, en todos los Estados miembros; debe acabarse con la posibilidad de presentar varias solicitudes en diferentes Estados miembros. Esto significa que, en lo sucesivo, ningún Estado miembro debería invocar una reserva fundamentada en su derecho nacional» (SEC (91) 1857 final, párrafo 5, *in fine*, pág. 5).

de reforma de las legislaciones internas en materia de asilo que, adecuándose a los principios contenidos en ambos Convenios, minoren la posible utilización de las cláusulas de salvaguardia contenidas en los mismos.

III. PROCEDIMIENTO

1. Contrariamente a lo que sucede con la regulación de los criterios de atribución de responsabilidad, el Convenio de Aplicación de Schengen y el Convenio de Dublín se caracterizan por una regulación excesivamente parca del procedimiento de determinación del Estado responsable, que se reduce, prácticamente, a sentar el principio de actuación a instancia de parte interesada y a establecer los plazos de ejercicio de tal iniciativa, a lo que se añade un conjunto de normas relativas a la transmisión de la información pertinente.

2. La puesta en marcha del procedimiento corresponde en todo caso al Estado interesado, entendiéndose por tal aquél ante el que se presenta la solicitud (55). La iniciativa reviste tal importancia que el no ejercicio de la misma durante un plazo de seis meses desde la presentación de la solicitud altera radicalmente las reglas de atribución de la responsabilidad, que se traslada automáticamente al Estado ante el que se presentó la solicitud y que no puso en marcha en tiempo oportuno el procedimiento de determinación del Estado responsable (56). Iniciado el procedimiento, éste consiste únicamente en un mecanismo de arreglo bilateral por el que un Estado Parte insta a otro, al que estima responsable, a que se haga cargo de la solicitud de asilo y del solicitante, no regulándose mecanismo alguno de solución de controversias para el caso de que el Estado presuntamente responsable no asuma voluntariamente sus obligaciones, lo que constituye una de las principales lagunas del sistema. En este último plano se aprecian diferencias entre el Convenio de Aplicación de Schengen y el Convenio de Dublín, de tal forma que si en el primero la laguna es absoluta, el

(55) Convenio de Aplicación de Schengen, artículo 31, párrafo 2; Convenio de Dublín, artículo 11, párrafo 1.

(56) Convenio de Aplicación de Schengen, artículo 31, párrafo 3; Convenio de Dublín, artículo 11, párrafo 1.

segundo contiene una regulación más precisa, al establecer que el transcurso del plazo de tres meses sin que se produzca una respuesta a las peticiones del Estado que asume la iniciativa se traduce en una atribución automática de responsabilidad hacia el Estado requerido (57). No obstante, continúa existiendo una laguna por lo que se refiere a una hipotética respuesta negativa recaída dentro del plazo de los tres meses, para cuyo caso —al igual que sucede en el sistema de Schengen— tampoco se prevé un mecanismo *ad hoc* de solución de controversias. Esta laguna no se ve paliada ni siquiera por las competencias atribuidas al *Comité* del Convenio de Dublín (58) ni al *Comité Ejecutivo* del Convenio de Aplicación de Schengen (59), que no pueden configurarse *stricto sensu* como órganos de solución de las controversias surgidas con ocasión de la aplicación de ambos Convenios.

3. Si bien es cierto que la ausencia de mecanismos *ad hoc* de solución de controversias no es un fenómeno tan extraño como pudiera parecer, ya que nos movemos en el plano de la mera cooperación intergubernamental, y que —en último extremo— siempre cabe acudir a los mecanismos generales previstos en el Derecho Internacional, no es menos cierto que esta estructura presenta —por lo que ahora nos interesa— dos importantes deficiencias. En primer lugar, hay que tener en cuenta que la inexistencia de un mecanismo *ad hoc* de solución de controversias puede traducirse en la práctica en una prolongación de la diferencia, con el consiguiente mantenimiento de la situación de inseguridad del solicitante de asilo, que desconoce el Estado que va a estudiar su demanda. De tal forma que el fenómeno del refugiado «en

(57) Artículo 11, párrafo 4.

(58) El *Comité* creado por el artículo 18 del Convenio está integrado por un representante del gobierno de cada uno de los Estados miembros y goza, entre otras, de la competencia de examinar, «previa solicitud de uno o de más Estados miembros, cualquier cuestión de carácter general relativa a la aplicación y a la interpretación» del Convenio. Competencia de contenido general que podría permitirle actuar en el marco del arreglo de controversias si no fuese por la ambigüedad de su alcance, que se refleja en el empleo del término «examinar», que contrasta con los de «establecer» medidas o «adoptar» decisiones que se predicen de otras competencias específicas que le otorga igualmente el artículo 18. Vid. STEFANINI, P. y DOUBLET, F.: «Le droit d'asile en Europe...», *op. cit.*, pág. 398.

(59) Por su parte, el *Comité Ejecutivo* creado por el Convenio de Aplicación de Schengen en su artículo 131, que responde a la misma naturaleza intergubernamental, «tendrá por misión general velar por la aplicación correcta» del Convenio.

órbita», bajo otra apariencia, podría seguir subsistiendo. Y en segundo lugar, la ausencia de un mecanismo *ad hoc* contrasta sobremanera con la naturaleza *tendencialmente* comunitaria de ambos instrumentos. Llama así la atención el hecho de que unas normas elaboradas en el marco de la cooperación intergubernamental de los Estados miembros, «percibidas» socialmente como comunitarias y cuyo fin es garantizar la efectiva aplicación de un objetivo comunitario, queden al margen de los controles judiciales y de los mecanismos institucionalizados de solución de controversias previstos en el ordenamiento jurídico comunitario. En particular si tenemos en cuenta que regulan una materia especialmente sensible, que si bien no responde al concepto de derecho fundamental, sí se encuentra en contacto con el disfrute de derechos subjetivos fundamentales contemplados en las normas constitucionales de los Estados y en el Convenio de Roma de 1950, y que reciben protección tanto en los ordenamientos internos como en el ordenamiento comunitario (60).

Es cierto que al no tratarse de una regulación comunitaria en sentido estricto, su control escapa al Tribunal de Justicia, que carece de competencia automática al respecto. Nada impide, sin embargo, que se le pueda atribuir dicha competencia mediante acuerdo entre los Estados Partes en los respectivos Convenios. Solución que viene a ser confirmada por el propio Tratado de la Unión Europea, que contempla

(60) En el caso alemán, el asilo se configura además como un auténtico derecho fundamental reconocido en el artículo 16 de la Ley Fundamental de Bonn, naturaleza que se mantiene incluso en la proyectada reforma constitucional. Por su parte, en el sistema español vigente el asilo, si bien no puede identificarse como un derecho fundamental, sí se encuentra al menos íntimamente vinculado con los mismos. Vínculo que se deduce, en primer lugar, de la ubicación del derecho de asilo dentro del Título Primero de la Constitución, dedicado a «los derechos y deberes fundamentales», y en concreto en el párrafo 4 del artículo 13, que establece los principios básicos por los que se han de regir el disfrute de las libertades públicas por los extranjeros radicados en el país. A lo que hay que añadir, en segundo lugar, que la *Ley 5/84, reguladora del asilo y el refugio*, incluye entre las causas que justifican la concesión del asilo la persecución motivada por la defensa de los derechos fundamentales. Y, paralelamente, posibilita la utilización por los solicitantes de asilo del mecanismo previsto en la *Ley 62/78, relativa a la Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales*. En relación con este tema ver ESCOBAR HERNÁNDEZ, C.: «Asilo y refugio en España», en *International Journal of Refugee Law*, 1991/3, págs. 692-708, en especial págs. 693-694 y 697-698. La Comisión, por su parte, no ha dudado en calificar al asilo como «un derecho fundamental» (*Comunicación... op. cit.*, Documento de reflexión, párrafo 6, *in fine*, pág. 4).

la posibilidad de que se puedan atribuir competencias al TJCE respecto de aquellos Tratados cuya finalidad sea poner en marcha la cooperación en el ámbito de la justicia y de los asuntos de interior, entre los que se encuentra precisamente el asilo (61).

En esta línea se sitúan las propuestas holandesas de elaborar sendos Protocolos al Convenio de Aplicación de Schengen, que podrían producir efectos respecto de cualquier Tratado internacional celebrado entre los Estados miembros con la finalidad de regular la libre circulación de personas. En virtud de los mismos se atribuirían al TJCE dos competencias paralelas. La primera de ellas le permitiría intervenir como mecanismo clásico de solución de controversias entre los Estados Partes, y la segunda actuar como instancia interpretativa armonizadora de la aplicación de tales Convenios, al modo en que interviene *mutatis mutandi* en el marco del artículo 177 del Tratado CEE (62). Aunque ninguna de estas propuestas ha dado lugar hasta la fecha a compromisos estatales, no cabe dudar de la bondad de la solución. Por lo que se refiere al primero de los Protocolos, su celebración sería plenamente viable en la actualidad, pudiendo plantear mayores problemas aquél que atribuye al TJCE funciones de interpretación armonizadora. No obstante, dichos problemas se verían superados tras la entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea y la aplicación del artículo K.9, que permite la comunitarización del asilo, lo que exigiría necesariamente la creación de un mecanismo que garantice la aplicación uniforme de las normas relativas al mismo. A este respecto, hay que señalar que la propuesta de atribuir al TJCE tal competencia no ha sido la única formulada hasta la fecha, siendo preciso mencionar igualmente la propuesta oficiosa de la Comisión de constituir un *Comité consultivo europeo* encargado de velar por la interpretación uniforme de las normas relativas al asilo, tanto nacionales como internacionales, y de modo

(61) Artículo K.3. Vid. HAILBRONNER, K.: «Perspectives of a Harmonization...», *op. cit.*, pág. 937.

(62) STANDING COMMITTEE OF EXPERTS ON INTERNATIONAL INMIGRATION, REFUGEE AND CRIMINAL LAW: *Schengen: Opinions, recommendations and proposals concerning the international implications on ratification of the Implementing Agreement for the Schengen Agreement, as recently modified by the agreement of March 29, 1991, between the Schengen Countries and the Republic of Poland, with accompanying Protocol*, Utrecht, noviembre 1991.

muy especial de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados (63).

4. Por último, hay que destacar que las normas de procedimiento contenidas en el Convenio de Aplicación de Schengen y en el de Dublín se extienden por igual a la transmisión de la información necesaria para que el Estado requerido pueda resolver sobre la solicitud de toma a cargo. Información que se refiere tanto a los datos que permitan determinar el criterio aplicable, como a los referentes a la solicitud de asilo en sí misma considerada (64). A los que se añaden los intercambios de información general sobre la política de asilo de cada uno de los Estados miembros y los relativos a la aplicación de ambos Convenios (65), que constituyen la base del proceso de armonización material y formal del asilo.

Se trata de un tema que exige un alto grado de rigor en su tratamiento, en especial respecto de la primera categoría de datos, ya que no puede olvidarse que nos encontramos ante datos personales cuyo tratamiento ha de ser objeto de una especial protección, en la medida en que su difusión puede perjudicar al solicitante o a sus familiares. Tanto el Convenio de Aplicación de Schengen como el de Dublín han sido sensibles a esta problemática, estableciendo un sistema de control que contempla la intervención del solicitante en el tratamiento y transmisión de los datos (66), y que establece cláusulas de garantía, exigiendo especialmente que —en caso de que tal información sea incluida en una base de datos informática— la misma no pueda ponerse en funcionamiento sin la previa ratificación por los Estados interesados del Convenio Europeo de protección de los datos personales frente al uso de la informática (67). En cualquier caso, el sistema de seguridad ofrece ciertos resquicios respecto de los que no puede dejar de formu-

(63) Similar propuesta ha sido formulada igualmente por el ACNUR. Vid. HAILBRONNER, K.: «Perspectives of Harmonization...», *op. cit.*, págs. 937-938, y STEFANINI, P. y DOUBLET, F.: «Le droit d'asile...», *op. cit.*, pág. 396.

(64) Convenio de Aplicación de Schengen, artículo 38, párrafo 7; Convenio de Dublín, artículo 15.

(65) Convenio de Aplicación de Schengen, artículos 37 y 38; Convenio de Dublín, artículo 14.

(66) Convenio de Aplicación de Schengen, artículo 38, párrafo 7; Convenio de Dublín, artículo 15, párrafo 7.

(67) Convenio de Aplicación de Schengen, artículo 38, párrafo 12; Convenio de Dublín, artículo 15, párrafo 12.

larse una crítica. En primer lugar, la potestad discrecional del Estado de mantener en sus archivos datos del solicitante de asilo una vez resuelta la solicitud (68). Y, en segundo lugar, en relación especialmente al Convenio de Aplicación de Schengen, el peligro representado por la posible conexión del sistema de intercambio de información a fines del asilo y el *Sistema de Información de Schengen* (S.I.S.) previsto en el Convenio, cuyo alcance es muy superior al propio del asilo y afecta —fundamentalmente— a la cooperación policial (69).

IV. EFECTOS

1. De la aplicación de los criterios antes analizados se va a derivar un conjunto de obligaciones para el Estado responsable que se refieren tanto al examen de la solicitud de asilo, como a la toma a cargo del solicitante. En primer lugar, el Estado responsable viene obligado a examinar la solicitud de asilo y a emitir un pronunciamiento sobre el fondo de la misma, lo que hará en todo caso conforme a su ley nacional y a las obligaciones internacionales que haya asumido voluntariamente (70). De tal forma que dichas normas se convierten a partir de este momento en el marco de referencia del procedimiento de examen de la solicitud, definiéndose el principio de primacía y autonomía del Derecho nacional del que ya nos hemos ocupado *supra*.

Sin embargo, con ser éste el efecto inmediato de la atribución de responsabilidad al Estado, no es el único ni el más importante. Por el contrario, se contempla igualmente la obligación de tomar a cargo al solicitante (71), lo que se traduce en el reconocimiento de un derecho

(68) Convenio de Aplicación de Schengen, artículo 38, párrafo 9; Convenio de Dublín, artículo 15, párrafo 9.

(69) Para la regulación concreta del Sistema de Información de Schengen (S.I.S.) vid. artículos 92-119, que integran el Título IV del Convenio dedicado íntegramente a definir las reglas que han de inspirar este sistema de intercambio de informaciones. A pesar de la aparente autonomía del S.I.S. y el mecanismo de intercambio de información en materia de asilo, no quedan suficientemente de manifiesto en el Convenio la relación existente entre ambos, en especial por lo que se refiere a la utilización de los mismos medios. Vid. SCHUTTE, J.: «Schengen: its Meaning...», *op. cit.*, pág. 560.

(70) Convenio de Aplicación de Schengen, artículo 32; Convenio de Dublín, artículo 3, párrafo 3, y artículo 10.

(71) Convenio de Dublín, artículo 10; Convenio de Aplicación de Schengen, artículo 34.

de residencia temporal durante el período de tramitación de la solicitud. Entendiendo por tal período aquél en el que se realizan las actividades que ambos Convenios incluyen bajo la denominación conjunta de «examen de una solicitud de asilo» y que se extiende al conjunto de procedimientos de examen, de decisión y de medidas adoptadas en aplicación de decisiones definitivas relativas a una solicitud de asilo, con excepción de la determinación de la Parte Contratante responsable del examen de la solicitud de asilo (72).

Esta responsabilidad sobre la persona del solicitante de asilo constituye, sin lugar a dudas, uno de los objetivos esenciales perseguidos tanto por el Convenio de Aplicación de Schengen como por el Convenio de Dublín. Y su alcance es de tal envergadura que se extiende igualmente a la fase ulterior al examen de la solicitud, en la que el Estado responsable continúa asumiendo la obligación de recibir en su territorio al extranjero, tanto en caso de respuesta estimatoria como desestimatoria a sus pretensiones de asilo. En efecto, de la lectura de ambos Convenios se deduce una obligación general y absoluta de recibir al extranjero solicitante de asilo en el territorio del Estado responsable, que tan sólo se extingue si otro Estado miembro concede al extranjero un permiso de residencia o si el extranjero, una vez desestimada su solicitud, es expulsado por el Estado responsable de su propio territorio y enviado fuera del territorio común. Por consiguiente, la permanencia del extranjero cuya solicitud ha sido denegada en el territorio de otro Estado miembro no libera al Estado responsable de sus obligaciones respecto de aquél. Por el contrario, continúa obligado a hacerse cargo del mismo con la finalidad bien sea de otorgarle un permiso de residencia conforme a las reglas generales de extranjería, bien sea para expulsarle definitivamente del territorio común. Con la limitación que se deriva, en este último supuesto, de las obligaciones impuestas por el principio de *non-refoulement*.

2. Para garantizar el cumplimiento de ambas obligaciones los Convenios de Schengen y Dublín contemplan un procedimiento que, en parte, coincide con el de determinación del Estado responsable, y que se pone en funcionamiento a instancia del Estado en cuyo territorio

(72) Convenio de Dublín, artículo 1, párrafo 1.d); Convenio de Aplicación de Schengen, artículo 1, párrafo 7. Vid. WECKEL, P.: «La Convention Additionnelle...», *op. cit.*, pág. 412.

se encuentra el solicitante. El principal problema se plantea respecto del proceso de admisión del solicitante de asilo en territorio nacional del Estado responsable. A este respecto, ambos instrumentos se limitan a definir la obligación, pero sin establecer un mecanismo específico de toma a cargo. En este plano el Convenio de Dublín ha establecido un mecanismo más preciso que tiene como finalidad facilitar la readmisión del extranjero y que ésta se produzca en un plazo razonable. A tal fin, el Convenio distingue entre la *toma a cargo* del solicitante a fines del examen de la solicitud y la *readmisión* del extranjero cuya solicitud ha sido denegada y que se encuentra ilegalmente en el territorio de un Estado miembro. En ambos casos, el traslado se realizará a iniciativa del Estado territorial, que en el caso de la toma a cargo se identifica con la solicitud general de reconocimiento de la responsabilidad y en el caso de la readmisión es objeto de un procedimiento autónomo. En cualquier caso, la recepción del extranjero habrá de tener lugar en un plazo que oscila entre un mes, en el caso de la toma a cargo, y cuarenta días, en el caso de la readmisión, contados siempre desde el momento en que el Estado responsable acepte hacerse cargo del extranjero (73).

No obstante, tanto en el sistema de Schengen como en el de Dublín se aprecia una importante laguna por lo que se refiere a lo que, en este último instrumento, se denominan las «modalidades particulares» del traslado del solicitante de asilo. En efecto, en ambos instrumentos se guarda silencio sobre la forma en que ha de realizarse el traslado, la necesidad o no de acompañamiento del extranjero y la asunción de las obligaciones económicas derivadas del traslado, para el caso de que el solicitante de asilo no se traslade voluntariamente y —por tanto— no asuma los gastos del viaje. Se trata de un importantísimo problema vinculado a la aplicación efectiva de ambos Convenios, que exigirá una cooperación complementaria entre los Estados, y que en el caso del de Dublín se institucionaliza atribuyendo competencia para adoptar tales medidas al *Comité* previsto en su artículo 18 (74).

Por último, hay que señalar que los Convenios de Schengen y Dublín no contemplan un mecanismo *ad hoc* de solución de controversias aplicable a la obligación de toma a cargo del solicitante de asilo. Dicha

(73) Artículo 11, párrafo 5, y artículo 13.

(74) Artículo 11, párrafo 6, y artículo 13, párrafo 2.

laguna plantea una problemática idéntica a la ya analizada respecto del procedimiento general de determinación del Estado responsable, a la que remitimos.

V. LAS MEDIDAS GENERALES RESTRINGIDAS DE LA INMIGRACIÓN DEL CONVENIO DE APLICACIÓN DE SCHENGEN Y SU INCIDENCIA SOBRE EL ASILO

1. La vinculación entre la política de asilo y la política de inmigración, característica de la cooperación intergubernamental en materia de asilo en el ámbito comunitario, se manifiesta de modo especial en el Convenio de Aplicación de Schengen, en el que se incluyen un conjunto de normas generales que —íntimamente vinculadas con la entrada y permanencia de los extranjeros en el territorio de los Estados Partes— pueden tener una notable incidencia en materia de asilo. Se trata esencialmente de las normas relativas a la política de visados, a las medidas cautelares que se imponen a las compañías de transporte y a las reglas que rigen la expulsión de los extranjeros, cuyo efecto disuasorio sobre los potenciales solicitantes de asilo no puede ser minusvalorado (75).

2. Por lo que se refiere a la primera de las cuestiones, es evidente que la concepción del visado como requisito imprescindible para la entrada de extranjeros en el territorio de los Estados Partes, a lo que añade el establecimiento de una lista común de Estados a cuyos nacionales se va a exigir el mencionado documento (76), constituye una medida lícita desde la perspectiva del establecimiento de una política común de inmigración; especialmente si se tiene en cuenta la necesidad de preservar la seguridad en el interior de un espacio sin fronteras. Cuestión distinta es la relativa a la incidencia que tal medida, junto con la exigencia de otros documentos de viaje válidos, pueda tener respecto al acceso del solicitante de asilo al territorio de uno de los

(75) En este sentido, vid. O'KEEFE, D.: «The Free Movement of Persons...», *op. cit.*, págs. 15-16. Para este autor el conjunto de medidas señaladas son suficientes para poner en duda la idoneidad del Convenio de Aplicación de Schengen para lograr el objetivo comunitario de la libre circulación de personas. A tal efecto llama la atención sobre la recomendación del Consejo de Estado holandés de no dar traslado del Convenio a la Cámara Alta para su ratificación.

(76) Artículo 5.

Estados Partes. En particular si se tiene en cuenta que tal medida se conjuga con la obligación que asumen los Estados de «fijar sanciones que penalicen el cruce no autorizado de fronteras exteriores fuera de los pasos fronterizos y de las horas de apertura establecidas» (77).

En este sentido, no puede olvidarse que la Convención de Ginebra de 1951 contempla expresamente la posibilidad de que la entrada en el territorio del Estado se realice sin títulos de viaje suficientes, e incluso de forma irregular o ilegal, sin que de esta circunstancia pueda derivarse sanción alguna para el solicitante de asilo (78). Previsión que se entiende por la situación de persecución padecida por el refugiado, que le obliga a huir de su país de origen o residencia, en la mayoría de los casos sin la documentación necesaria para garantizar su viaje fuera de las fronteras del mismo. Esta circunstancia ha sido efectivamente contemplada en el Convenio de Aplicación, que respecto de la exigencia de un visado y de documentos de viaje válidos, deja a salvo las obligaciones derivadas del Convenio sobre el estatuto de los refugiados; de tal forma que dichos requisitos no serán de aplicación a los solicitantes de asilo (79). Excepción que —sin embargo— no se predica directamente de las sanciones previstas en el artículo 3 (80).

Sin embargo, esta excepción si bien salva formalmente la responsabilidad de los Estados Partes por una presunta violación de la Convención de 1951, no resulta de fácil aplicación, sobre todo si tenemos en cuenta el marco restrictivo de la política de inmigración que inspira el Convenio. Circunstancia que puede hacer temer a los potenciales solicitantes de asilo un posible rechazo en la frontera y —lo que sería de mayor gravedad— una eventual devolución al Estado de origen. Por consiguiente, una correcta aplicación de la excepción a la que nos hemos referido exige la adopción de reglas de aplicación homogénea del Convenio, y en particular de unas directrices básicas destinadas a los funcionarios encargados de hacer cumplir aquél, que les permita

(77) Artículo 3.2.

(78) Artículo 31, párrafo 1.

(79) Artículo 5, párrafo 2.

(80) La Ley 5/1984 contempla una excepción general a favor de los solicitantes de asilo, de forma que «[l]a entrada ilegal en territorio español no podrá ser sancionada cuando haya sido realizada por persona que reúna los requisitos propios de la condición de asilado, siempre que se presente sin demora a las Autoridades» (art. 4.1, párrafo segundo). En términos similares se mantiene en el Proyecto de Ley de Modificación.

identificar suficientemente las situaciones excepcionales en las que, por imperativo de la Convención de 1951, los requisitos de entrada de los extranjeros no resultarían de aplicación.

3. Esta función disuasoria de las medidas generales restrictivas de la inmigración adquieren una mayor significación respecto de las obligaciones de control que se imponen a las empresas transportistas. En virtud de las mismas, las compañías de transporte aéreo, ferroviario o por carretera que realicen transporte internacional de viajeros a través de las fronteras exteriores de los Estados Partes asumen la obligación de tomar a su cargo a aquellos viajeros que no sean aceptados en la frontera por no reunir los requisitos arriba indicados, lo que se traduce en la práctica en la obligación de devolverlos al lugar de origen o a cualquier otro país en el que sean autorizados a entrar. Regulación que se complementa con el compromiso de los Estados Partes de establecer en sus sistemas jurídicos internos sanciones para el caso de incumplimiento de las citadas obligaciones de control (81).

Como consecuencia, las compañías afectadas vienen obligadas a comprobar antes del embarque los documentos de viaje de sus pasajeros, rechazando a aquéllos que no reúnan tales requisitos. Lo que, en términos del asilo, se traduce en la imposibilidad para los potenciales demandantes de asilo de presentar la correspondiente solicitud ante las autoridades de un Estado al que consideran seguro, salvo que acudan al expediente de solicitar el asilo desde fuera del territorio del Estado requerido a través de sus autoridades diplomáticas o consulares, práctica que no siempre es posible y que, en último extremo, no siempre es segura ni eficaz. Nos encontramos, por consiguiente, ante una situación

(81) Artículo 26. Se trata, en buena medida, de la concreción de los principios contenidos en el Anexo 9 de la Convención de Chicago de 1944 sobre aviación civil. En este sentido, BLANC, H.: «Schengen: le chemin...», *op. cit.*, pág. 726. Más matizado es GENEVOIS, B.: «L'entrée des étrangers en France: le rappel des exigences constitutionnelles», en *Revue française de Droit administratif*, vol. 8/2 (1992), págs. 189-190. Al igual que sucede en el caso antes analizado, la Convención de Schengen prevé la aplicación de esta disposición en el marco de las obligaciones asumidas por los Estados de conformidad con la Convención de Ginebra. En relación con este tema, vid. FELLER, E.: «Carrier Sanctions and International Law», en *International Journal of Refugee Law*, vol. 1/1 (1989), págs. 48-66; MIGNON, E.: «Refugiées et compagnies aériennes», en *Revue du Droit des étrangers*, 1989, págs. 287 y ss.; RUFF, A.: «The Immigration (Carrier's Liability) Act 1987: its Implications for Refugees and Airlines», en *International Journal of Refugee Law*, vol. 1/4 (1989), págs. 481-500.

excepcional en la que el potencial solicitante de asilo se vería obligado a comunicar sus intenciones de solicitar asilo a la compañía de transporte, agente privado que carece de competencia a tales efectos y que, por razones obvias de índole práctico, tenderá a eludir toda situación que se pueda traducir ulteriormente en una responsabilidad frente al Estado de destino. Cabe, por tanto, preguntarse si con esta práctica no se está infringiendo una importante quiebra a la Convención de 1951, y ello por intervención de un agente privado, la compañía de transporte de viajeros, al que no puede imputarse ningún tipo de responsabilidad internacional por tal resultado.

Surge de esta manera un problema que alcanza una especial gravedad si el desplazamiento se intenta desde el Estado de presunta persecución, ya que el rechazo al embarque se traduce en la práctica en una devolución que de ser realizada por un Estado Parte en la Convención de 1951 sería constitutiva de una violación del principio de *non-refoulement*, y que, sin embargo, al ser imputable a una empresa privada queda exenta de sanción desde un punto de vista internacional. Estableciéndose, por tanto, un procedimiento que produce el peregrino efecto de liberar de responsabilidad al Estado por la comisión de un acto internacionalmente ilícito, a través de la vía expeditiva de imponer indirectamente la realización de un comportamiento asimilable a un particular de cuya conducta es, en principio, irresponsable el Estado.

Dejando al margen otras consideraciones relativas a la imputación al Estado del comportamiento de la compañía de transporte, que se podría traducir en una fórmula de atribución de responsabilidad al mismo (82), cabe concluir —al menos— una fundada duda sobre la correcta adecuación de estas medidas de apoyo a las obligaciones contenidas en la Convención de 1951. Lo que aconsejaría si no la supresión de las mismas, al menos sí su modulación por lo que se refiere a las sanciones que pueden imponerse a las empresas; o, en último caso, el establecimiento de un sistema que permitiera la alegación de la intención de solicitar asilo ante las compañías de transporte internacional cuyo destino sea el territorio de una de las Partes Contratadas, de tal forma

(82) Piénsese, a este respecto, que el comportamiento del agente privado viene o puede venir determinado por una obligación que le es impuesta por el Estado, de cuyo cumplimiento no puede zafarse sin exponerse a padecer sanciones o consecuencias negativas para el desarrollo de su legítima actividad económica.

que dicha alegación exhonera al transportista de la posible responsabilidad en que podría incurrir por la inaplicación de las medidas reseñadas.

En esta línea se sitúa la solución adoptada en Francia por la Ley de modificación de la *Ordonnance* núm. 45-2658 de 2 de noviembre de 1945, modificada, relativa a las condiciones de entrada y permanencia de los extranjeros en Francia. En la misma, que viene a adaptar la legislación interna a las exigencias del Convenio de Aplicación, se introducen sendas excepciones respecto de las sanciones que pueden ser impuestas a las compañías de transportes, de tal forma que no habrá lugar a las mismas si el extranjero sin documentos obtiene el asilo o, al menos, su solicitud no está manifiestamente infundada. El juego de esta regla implica que el particular ponga en conocimiento del transportista su intención, permitiendo a éste que opere la excepción citada. Sin embargo, el alcance de la misma no va más allá, ni atribuye a la compañía privada poder alguno para evaluar el fondo de la solicitud, ya que como el propio Consejo constitucional francés ha señalado «(...) cette cause d'exonération (...) ne saurait (...) s'entendre comme conférant au transporteur un pouvoir de police aux lieu et place de la puissance publique», habiendo de limitarse «à appréhender la situation de l'intéressé sans avoir à procéder à aucune recherche». De esta manera, se garantiza el doble objetivo de evitar el rechazo del solicitante de asilo y de preservar el principio de la soberanía como fundamento de la concesión del asilo (83).

4. El tercer y último bloque de reglas generales contenidas en el Convenio de Aplicación de Schengen que pueden incidir sobre la situación de los refugiados se refieren a la expulsión de extranjeros. Y si bien es cierto que en ellas se deja a salvo la aplicación de la Convención de 1951, no lo es menos que no contemplan de modo explícito

(83) Decisión del Consejo constitucional núm. 92-307 DC de 25 de febrero de 1992, considerando 32. Ver texto en *Revue française de Droit administratif*, vol. 8/2 (1992), págs. 198-201, en especial pág. 201. Es de destacar que el Consejo constitucional vincula la legalidad de esta excepción a su relación con las obligaciones derivadas del Convenio de Ginebra de 1951, que prohíben exigir a los solicitantes de asilo documentos de viaje válidos para ser admitidos en territorio extranjero (vid. considerando 10). En relación con esta decisión ver el comentario de GENEVOIS, B.: «L'entrée des étrangers...», *op. cit.*, págs. 187-197, en especial págs. 191 y 192.

el principio de *non-refoulement* (84), a pesar de que tal concepto puede entenderse implícitamente recogido en la referencia alternativa al país de origen o a un país en el que el extranjero expulsado sea válidamente admitido. En cualquier caso, aún procediendo a una interpretación bien-intencionada de los términos del Convenio, que deje a salvo la primacía de la Convención de 1951 y de la interpretación ya consolidada del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en la materia, la aplicación de estos preceptos plantea nuevamente un problema de índole práctico no resuelto en el mismo y que precisará de un desarrollo ulterior, a saber, la definición del concepto de país seguro tanto por lo que se refiere al país de origen del solicitante, como a un tercer país que esté dispuesto a admitirlo en su territorio. Se trata, nuevamente, de un sector en el que —como ya se señaló *supra*— se hace necesaria una armonización material que venga a garantizar la eficacia del Convenio de Aplicación de Schengen, al tiempo que los principios actualmente vigentes en Europa en materia de expulsión o devolución de extranjeros.

5. Por lo que se refiere al Convenio de Dublín hay que destacar que no existen en el mismo disposiciones similares a las que se acaban de analizar, lo que permite concluir una valoración más favorable de dicho instrumento. Se trata, sin embargo, de una diferencia que ha de ser situada en sus justos términos, teniendo en cuenta que si bien el Convenio de Dublín no contiene tales medidas restrictivas, las mismas sí se incluyen en el Proyecto de Convenio sobre Fronteras Exteriores, elaborado en el marco de la cooperación intergubernamental «a Doce» y que constituye —junto con aquél— un bloque normativo que habrá de interpretarse en su día de manera sistemática.

VI. PROBLEMAS PLANTEADOS POR LA COEXISTENCIA DE LOS CONVENIOS DE APLICACIÓN DE SCHENGEN Y DUBLÍN

Como se desprende de las páginas precedentes, los Convenios de Aplicación de Schengen y Dublín obedecen a una finalidad común y presentan una estructura y contenido similares. No es posible, sin embargo, hablar de una total identidad entre ambos, ya que —como se

(84) Artículo 23.

ha puesto de manifiesto— se construyen a partir de concepciones distintas sobre el espacio interior común por lo que se refiere a la supresión de controles en las fronteras interiores. Por otro lado, desde un punto de vista jurídico-formal crean dos regímenes jurídicos independientes, lo que dada la identidad parcial de los Estados Partes en ambos Convenios puede generar controversias sobre la determinación del instrumento jurídico aplicable a una concreta solicitud de asilo.

En efecto, a pesar del retraso en el proceso de ratificación de ambos instrumentos, las previsiones cifran la posible entrada en vigor del Convenio de Aplicación de Schengen en el primer semestre de 1993, y del Convenio de Dublín en el segundo semestre. A partir del momento en que ambos instrumentos se encuentren en vigor, cabe diferenciar dos supuestos de aplicación distintos. En primer lugar, si la determinación del Estado responsable afecta a un Estado signatario de Schengen y Dublín y a otro Estado que tan sólo ha ratificado el segundo de los instrumentos, el régimen jurídico aplicable será necesariamente el contemplado en el Convenio de Dublín, que se convierte en el sistema general. Pero si, por el contrario, la controversia se suscita entre dos Estados que son simultáneamente signatarios de Dublín y de Schengen la respuesta no es tan sencilla, ya que ambos instrumentos son potencialmente aplicables. Dado que no existen reglas específicas en ninguno de ellos para resolver el conflicto y teniendo en cuenta su naturaleza convencional, la solución habrá de venir dada necesariamente por la aplicación de las reglas contenidas en el Convenio de Viena para los casos de concurrencia de tratados y, en caso de lagunas, por las reglas generales que definen los criterios de prelación normativa en el Derecho Internacional contemporáneo. En cualquier caso, dada la identidad de sujetos y tratándose de Convenios que regulan un mismo sector de la realidad, habría que entender que el criterio a aplicar es el de la temporalidad, de tal manera que el tratado que entre en vigor más tarde vendrá a sustituir al anterior. Lo que, si se cumplen las previsiones, equivaldría a que el Convenio de Dublín vendría a sustituir a las disposiciones que en materia de asilo contiene el Convenio de Aplicación de Schengen.

No obstante, hay que tener en cuenta que tal conclusión podría modificarse si resultase de aplicación el principio de especialidad de la norma, entendida en todo caso como especialidad material y no formal, puesto que nos encontramos ante normas de idéntica natu-

raleza. Sin embargo, la aplicación de este principio no resulta pacífica, puesto que en relación con ambos tratados la especialidad material se puede interpretar en dos sentidos distintos. De conformidad con la primera interpretación, haría referencia a los contenidos materiales de los Convenios. Y desde esta perspectiva, no cabe duda de que por lo que se refiere al asilo la especialidad habría de predicarse —en principio— del Convenio de Dublín (85). No obstante, cabe una segunda interpretación de naturaleza teleológica que hace referencia al objeto a que responden ambos Convenios. Así, si tenemos en cuenta que dichos instrumentos se sitúan en el plano de la aplicación del artículo 8A del Tratado CEE, podría entenderse que la especialidad se predica de aquel instrumento que garantice mayores niveles de integración por lo que se refiere al establecimiento de un espacio común sin fronteras interiores. Desde esta perspectiva, es evidente que el Convenio de Aplicación de Schengen entendido sistemática y globalmente y no sólo por lo que se refiere al asilo, presentaría un mayor grado de especialidad para el logro de este fin. Al menos hasta que se produzca la firma y entrada en vigor del Convenio sobre Fronteras Exteriores elaborado en el marco de la cooperación «a Doce», que habrá de ser interpretado sistemáticamente en conexión con el Convenio de Dublín (86).

En este sentido cabe entender precisamente el artículo 142 del Convenio de Aplicación de Schengen, que partiendo de la modificabilidad del Convenio como consecuencia de la celebración de tratados más amplios entre todos los Estados comunitarios en el marco de la libre circulación de personas, llama sin embargo la atención sobre la posibilidad de que el propio Convenio de Schengen contenga mayores obligaciones de cara al logro del mismo fin. Por otro lado, no puede olvidarse tampoco que el propio Convenio de Dublín prevé su modificación para el supuesto de que se alcancen acuerdos globales sobre la libre circulación de personas en el espacio comunitario (87).

Como puede apreciarse, la solución del problema analizado no es

(85) Vid. en este sentido, STEFANINI, P. y DOUBLET, F.: «Le droit d'asile en Europe...», *op. cit.*, pág. 399, para quienes «La Convention [de Dublín], comporte des dispositions plus précises, plus contraignantes pour les Etats et plus protectrices pour les demandeurs d'asile que la Convention d'application de l'Accord de Schengen (...)».

(86) En este sentido, vid. SCHUTTE, J.: «Schengen: its Meaning...», *op. cit.*, pág. 567.

(87) Artículo 16.

fácil, y su importancia —que se agrava por la paulatina ampliación del número de Estados integrados en el Grupo Schengen— e inminencia han dado lugar a la institucionalización de contactos entre ambos foros de cooperación a fin de realizar un análisis comparativo de las disposiciones de ambos Convenios que permitan apuntar líneas de solución para el problema de la convergencia futura de ambos textos.

CONCLUSIONES

El panorama que ofrece la cooperación intergubernamental entre los Estados comunitarios en materia de asilo no es, ciertamente, satisfactorio. Ya que si bien es cierto que introduce elementos de racionalidad incuestionables que redundan en la desaparición del fenómeno de los refugiados «en órbita» y —por ende— en beneficio de la propia institución (88), no es menos cierto que responde a un espíritu reduccionista y a una estructura plural de la que se pueden deducir serias críticas (89). Así, la reducción progresiva del concepto de asilo, la atribución de la responsabilidad sobre la base prioritaria del principio de la admisión al territorio, o el establecimiento de medidas generales restrictivas de la inmigración que inciden negativamente sobre el asilo, constituyen —entre otros— claros ejemplos de la transformación que en los países de la Europa comunitaria se está produciendo en materia de asilo. Y ello, lo que es más grave, al margen de métodos propiamente comunitarios, acudiendo a la cooperación intergubernamental para el logro de un objetivo, la libre circulación de personas, que constituye uno de los pilares básicos del sistema comunitario. Por consiguiente, y al margen de observaciones puntuales que han sido formuladas en su momento, los Convenios de Aplicación de Schengen y de Dublín han de ser objeto de dos críticas globales íntimamente relacionadas entre sí. En primer lugar, la tendencia reduccionista del asilo

(88) En efecto, como ha señalado WECKEL, la consecuencia inmediata de ambos Convenios es que reconocen al solicitante de asilo un derecho subjetivo a que su solicitud sea analizada por uno de los Estados Partes (WECKEL, P.: «La Convention Additionnelle...», *op. cit.*, pág. 407). Ello, claro está, siempre que no resulten de aplicación las reglas de devolución en la frontera del solicitante que procede de un país seguro ajeno al ámbito comunitario.

(89) Vid. SCHUTTE, J.: «Schengen: its Meaning...», *op. cit.*, pág. 570.

que se refleja en ambos instrumentos y, en segundo lugar, su elaboración al margen de las instituciones y los métodos comunitarios.

Por lo que se refiere a la primera de las cuestiones, es preciso realizar un juicio equilibrado del concepto de asilo contenido en ambos instrumentos, sin que pueda olvidarse que la tendencia reduccionista obedece en buena medida a una situación previa de abuso del asilo. Y en este sentido, no está totalmente desencaminada la Comisión cuando afirma que «(...) la única forma de prevenir más adelante unas reacciones brutales que puedan llevar a poner en entredicho el principio mismo del derecho de asilo, que es un derecho fundamental, es precisamente la adopción en el momento justo de unas medidas que combatan los abusos» (90). Sin embargo, el peligro radica en la aparición de movimientos pendulares tan frecuentes en las relaciones sociales y que tienden a consolidarse en textos normativos. A este respecto, y a pesar de las constantes cláusulas de salvaguardia de las obligaciones derivadas de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, no se puede olvidar que los Convenios de Aplicación de Schengen y de Dublín integran algunos preceptos que pueden ofrecer indicios de esta peligrosa tendencia pendular. Y, sobre todo, resulta especialmente llamativa la escasa —casi nula— vinculación existente en los Convenios de Aplicación de Schengen y Dublín entre asilo y derechos humanos. Crítica, esta última, sobre la que hay que llamar seriamente la atención, ya que no puede olvidarse el estrecho vínculo existente entre ambas realidades, consolidado ya en el marco del sistema europeo de protección de los derechos humanos a través de la aplicación —entre otros— del artículo 3 del Convenio de Roma (91), y que ha sido —además— puesto expresamente de manifiesto en el Tratado de la Unión Europea (92). De tal forma que resulta difícil justificar el reforzamiento

(90) *Comunicación...*, *op. cit.*, Documento de reflexión, párrafo 6, *in fine*, pág. 4.

(91) Vid. BEGHÈ LORETI, A.: *Rifugiati e richiedenti asilo...*, *op. cit.*, págs. 59-70; ERGEC, R.: «Le Conseil de l'Europe et les réfugiés», en *Revue belge de droit international*, vol. XXII, 1989/1, págs. 121-132.

(92) En efecto, el artículo K.2, en su párrafo primero establece que «[l]as cuestiones a que se refiere el artículo K.1 [entre las que se encuentra el asilo] se tratarán en el respeto del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, y de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 28 de julio de 1951, y teniéndose en cuenta la protección concedida por los Estados miembros a las personas perseguidas por motivos políticos».

de tales derechos fundamentales en el Acta Unica y en el Tratado de Maastricht, configurándolos como base ideológica y jurídica del sistema comunitario, y la adopción paralelamente de una regulación del asilo altamente restrictiva en el plano de la cooperación intergubernamental (93).

Esta crítica se encuentra relacionada y es, en buena medida, el resultado del abandono del método comunitario, que no sólo ha dejado al margen del proceso normativo a las instituciones comunitarias (94), sino que tiene además como resultado el alejamiento de ambos Convenios del sistema de control de la legalidad comunitaria representado por el Tribunal de Justicia. Si a ello le añadimos los problemas propios de la falta de armonización material y formal del asilo al que nos hemos referido a lo largo del presente estudio, resulta obvia la exigencia de llevar a cabo una seria reflexión sobre la necesidad de comunitarizar efectivamente una actividad que ya es sentida socialmente como comunitaria. Especialmente cuando el tratado de la Unión Europea contempla la institucionalización de la cooperación en el ámbito del asilo y ofrece mecanismos para su transformación en materia propiamente comunitaria a través del artículo K.9. Previsión que, por otro lado, recibe el impulso complementario de la *Declaración sobre el asilo* adoptada en Maastricht. Con esta comunitarización se solventarían, en buena medida, los principales problemas señalados, en especial los relativos a la coexistencia de dos regímenes jurídicos paralelos y a la falta de armonización de la disciplina del asilo; sometiéndose la actuación de las instituciones y de los Estados miembros en materia de asilo al control judicial comunitario. Y, lo que no es menos importante, desde una

(93) En este sentido, O'KEEFE, basándose en el artículo 134 del Convenio de Aplicación de Schengen ha señalado la imposibilidad de aplicación de las disposiciones del mismo que sean contrarias a los derechos humanos, en tanto en cuanto estos forman parte del ordenamiento jurídico comunitario cuya primacía declara el mencionado artículo. Vid. O'KEEFE, D.: «The Free Movement of Persons...», *op. cit.*, págs. 12-14.

(94) Ha sido sin duda el Parlamento Europeo la institución más perjudicada por el abandono del método comunitario, lo que ha ocasionado la manifestación de protestas al respecto. Vid. en particular, sus Resoluciones de 23 de noviembre de 1989 (DOCE, núm. C-323/98, de 27 de diciembre de 1989), de 15 de marzo de 1990 (DOCE, núm. C-96/274, de 17 de abril de 1990) y de 14 de junio de 1990 (DOCE, núm. C-175/170, de 16 de julio de 1990). El Parlamento Europeo ha abordado desde antiguo la problemática del derecho de asilo, a este respecto su posición puede encontrarse en el informe *Vetter* (Doc. A 2-227/86).

perspectiva material, la comunitarización del asilo facilitaría la reubicación de esta institución en su ámbito natural de actuación, garantizándose su vínculo con la protección de los derechos fundamentales que —no puede olvidarse— forman parte de los principios del ordenamiento jurídico comunitario.

RÉSUMÉ

La *Convention d'application de l'accord de Schengen*, signée le 19 juin 1990, et la *Convention de Dublin relative à la détermination de l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres des Communautés européennes*, du 15 juin 1990, constituent les deux premières manifestations d'une approche normative du droit d'asile depuis la perspective communautaire. Ces instruments ont tous deux une portée très réduite, puisqu'ils se limitent à définir les critères permettant d'identifier l'État responsable de l'étude d'une demande d'asile concrète. Ils n'ont donc pas pour finalité d'établir une réglementation matérielle commune en matière de droit d'asile; mais de fixer un ensemble de critères objectifs permettant d'éliminer dans le domaine communautaire à la fois le phénomène des réfugiés «en orbite» et celui de la présentation de demandes multiples.

Le fait qu'ils ont été élaborés dans le cadre des travaux réalisés par les États membres en vue de garantir la libre circulation des personnes a une incidence directe sur ces deux instruments, à la fois d'un point de vue matériel et d'un point de vue méthodologique. Sous l'angle matériel, il se traduira par la consolidation d'un lien étroit entre la politique d'asile et celle d'immigration, avec pour résultat l'apparition d'une tendance réductrice qui se manifeste particulièrement dans le concept de demandeur d'asile employé dans ces deux conventions, qui s'identifie avec celui de réfugié inscrit dans la Convention de Genève de 1951. En même temps, ce lien entre asile et immigration va se refléter également dans les critères de détermination de l'État responsable, critères qui gravitent autour de l'identification de la responsabilité de l'État pour l'entrée de l'étranger sur le territoire commun et de sa responsabilité dans l'examen d'une demande d'asile.

D'un point de vue méthodologique, le lien entre l'asile et la libre circulation des personnes se traduit par l'abandon de la méthode communautaire et par le recours à la coopération intergouvernementale comme mode de production normative. Il en résultera un impact tant sur la nature de la norme, qui ne sera pas communautaire au sens strict du terme, que du point de vue de l'absence de mécanismes obligatoires de solution des litiges apparus en cours d'application des deux conventions. À cela il faut ajouter les problèmes dérivés de la pluralité des actions entreprises dans le cadre de la coopération intergouvernementale, avec comme corollaire la possible apparition de problèmes de hiérarchie des normes, dus au concours de deux instruments différenciés qui créent des régimes juridiques parallèles mais autonomes.

En ajoutant à cela la subsistance d'une pluralité de réglementations nationales qui forment la base unique de toute décision au fond sur une demande d'asile, nous nous trouvons en présence d'une dispersion des normes qui ne peut manquer d'avoir une incidence négative sur la réalisation des objectifs qui sont précisément ceux des conventions d'application de Schengen et de Dublin. Il est dès lors devenu impérieux d'engager une réflexion sérieuse sur la nécessité de *communautariser* la réglementation du droit d'asile, moyennant un ensemble de processus d'harmonisation matérielle et formelle qui ont déjà obtenu la faveur de l'un ou l'autre État membre et dont la mise en oeuvre serait possible, notamment par le biais du recours à l'effet passerelle inscrit à l'article K.9 du Traité sur l'Union européenne.

ABSTRACT

The *Convention applying the Schengen Agreement* of 19 June 1990 and the *Dublin Convention determining the State Responsible for examining applications for asylum lodged in one of the Member States of the European Communities* of 15 June 1990 are the first two manifestations of a move towards the adoption of a Community approach to asylum in law-making. Both instruments are of very limited scope, merely laying down the criteria for identifying the State which is to be responsible for considering a specific application for asylum. Their aim is not, therefore, to lay down concrete common rules governing asylum but rather to establish a set of objective criteria which make it possible to eliminate within the territory of the Community both the phenomenon of «asylum hunting» by refugees and the lodgment of multiple applications.

Both instruments are directly influenced both substantively and from the methodological point of view by the fact that they were drawn up in the context of the work carried out by the Member States in order to guarantee the free movement of persons. From the substantive point of view, this is reflected by a much stronger link between the policies relating to asylum and to immigration, the result of which is a reductionist trend that is particularly apparent in the concept of asylum relied on in both Conventions, which is modelled on the definition of refugee adopted in the 1951 Geneva Convention. At the same time, this link between asylum and immigrations is reflected in the rules for determining State responsibility, in which emphasis is placed on the responsibility of the State for the entry of the alien into the territory of the Community and its responsibility for examining applications for asylum.

From a methodological point of view, the linking of asylum with the free movement of persons is reflected in the abandonment of the Community approach and the use of intergovernmental cooperation as a legislative basis. This has an impact on the nature of the rules, which are not strictly Community rules, and also means that there is no compulsory machinery for resolving differences which arise in the application of the two Conventions. To this must be added the problems deriving from the fact that numerous measures are adopted within the framework of intergovernmental cooperation, which may lead to problems of priority caused by the convergence of two different instruments which create separate, but parallel, sets of legal provisions.

If to this we add the continuing existence of numerous national legal provisions on asylum which serve as the sole basis for decisions on the merits of all the applications lodged, we are confronted with such legislative diffuseness that efforts to attain the objectives pursued by the Dublin Convention and the Convention for the application of the Schengen Agreement must inevitably be adversely affected. For these reasons, it is essential to give serious consideration to the possibility of dealing with asylum at *Community* level, by embarking on a process of substantive and formal harmonization—which has already been advocated by one or more Member States—and which would be facilitated, in particular, by recourse to the «bridging» provision contained in Article K.9 of the Treaty on European Union.