

# RESPUESTAS DEL DERECHO INTERNACIONAL ANTE LA TRANSFORMACION DEL REGIMEN DE ASILO EN EUROPA

---

MARÍA TERESA GIL BAZO \*

*Los países de la Unión Europea se enfrentan a uno de los mayores retos de nuestro tiempo. El flujo cada vez mayor de inmigrantes hacia Europa en un momento de crisis en todos los órdenes (económico, político, y social) comporta nuevos problemas e interrogantes que deben ser solucionados desde una perspectiva a largo plazo y de respeto a los valores democráticos y los derechos humanos. En este contexto, el proceso de integración europea supone que la cooperación en temas de inmigración adquiera carácter prioritario, y deba ser tratada a nivel internacional entre los Estados que forman la Unión Europea.*

*El momento de transformaciones restrictivas en el contexto internacional europeo de extranjería y asilo obliga a la reflexión sobre el estatus en Derecho internacional del derecho de asilo, que viene dado no sólo por los instrumentos es-*

---

\* Investigadora en el Area Jurídica del Programa de Investigación de la Universidad de Deusto «El Extranjero en la Cultura Europea de Nuestros Días».

*pecíficos relativos a la protección de refugiados, sino también por otros instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, y por el propio Derecho internacional consuetudinario. Es esta una vertiente con frecuencia soslayada cuya importancia se acrecienta ante las restricciones cada vez mayores impuestas por los países de la Unión Europea al régimen específico del asilo. Así, el presente artículo tiene por objeto el análisis del derecho internacional de asilo y el modo en que éste puede hoy ser complementado por el derecho internacional de los derechos humanos para dar respuesta a las modificaciones introducidas en las legislaciones europeas.*

*The Member States of the European Union are currently facing one of the major challenges of our time. The influx of immigrants towards Europe in a moment of generalised crisis (economical, political and social) gives rise to new problems and questions that need to be solved with a long-term approach that will respect democratic values and human rights. Within this framework, the process of European integration requires that cooperation on immigration issues shall become an urgent matter, dealt with by Member States of the European Union at the international level.*

*This moment of restrictive transformations in the European International context on immigration and asylum urges reflection on the status of the right of asylum in International Law. Such status is not only defined by the specific instruments relating to the protection of refugees, but also by other International instruments for the protection of human rights, and by International Customary law itself. This is an approach often forgotten, whose relevance increases before the always stronger restrictions imposed on the specific asylum regime by European States. Therefore, this article aims at analysing International Refugee Law and the way in which it may be enhanced by International Human Rights Law in order to provide answers to the modifications introduced in the European legislations.*

## 1. INTRODUCCION

Los países de la Unión Europea se enfrentan a uno de los mayores retos de nuestro tiempo. El flujo cada vez mayor de inmigrantes hacia Europa en un momento de crisis en todos los órdenes (económico, político, y social) comporta nuevos problemas e interrogantes que deben ser solucionados desde una perspectiva a largo plazo y de respeto a los valores democráticos y los derechos humanos.

Las migraciones hacia y desde Europa son una constante histórica. Desde tiempos remotos hasta nuestros días, pueblos enteros se han desplazado por causas diversas (conquistas de riquezas y tierras, guerras, etc.). También la figura del asilo es conocida desde el principio de la historia de la humanidad, pero sólo a principios de este siglo adopta el carácter internacional que ha determinado el actual sistema de protección de refugiados, tanto a nivel internacional como interno, ya que las legislaciones nacionales en materia de asilo parten de la definición de refugiado establecida en la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de Refugiado y del estándar de tratamiento contenido en ella.

Tras la II Guerra Mundial, la reconstrucción de los países devastados por ella originó una gran demanda de mano de obra en los mercados de trabajo del Norte de Europa, a la que concurren principalmente trabajadores de los países del Sur de Europa (España, Italia, Grecia, y Portugal). Las legislaciones sobre extranjería favorecían en aquel momento la llegada y establecimiento de los migrantes. Por otra parte, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 28 de julio de 1951 (completada posteriormente por el Protocolo de Nueva York de 31 de enero de 1967) garantizaba la protección internacional a aquellos que huyeran de sus países por causas políticas. El número de solicitudes

no resultaba muy elevado, y en el contexto de guerra fría del momento, solían concederse en su mayoría.

Tal estado de cosas varía a mediados de los años setenta. La crisis económica y las consecuencias que conlleva hacen que los países receptores de migrantes decidan cerrar sus fronteras a nuevos contingentes de trabajadores procedentes del extranjero. Una de las consecuencias del cierre de las fronteras fue el aumento de las solicitudes de asilo, cuya regulación resultaba más liberal que la de la extranjería. Otros factores que han contribuido a agravar el problema migratorio en Europa son los acontecimientos de finales de los ochenta (fin de la guerra fría y por ello libertad para cruzar las fronteras hacia occidente, así como incorporación de las antiguas economías planificadas al sistema de mercado), y el incremento de las diferencias Norte-Sur en los últimos treinta años.

La coincidencia en el tiempo de los cambios anteriormente mencionados con el proceso de integración europeo supone que la cooperación en temas de inmigración adquiera carácter prioritario, y deba ser tratada a nivel internacional entre los Estados que forman la Unión Europea.

El momento de transformaciones restrictivas en el contexto internacional europeo de extranjería y asilo obliga a la reflexión sobre el estatus en Derecho internacional del derecho de asilo, que viene dado no sólo por los instrumentos específicos relativos a la protección de refugiados, sino también por otros instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, y por el propio Derecho internacional consuetudinario. Es ésta una vertiente con frecuencia soslayada cuya importancia se acrecienta ante las restricciones cada vez mayores impuestas por los países de la Unión Europea al régimen específico del asilo.

El presente artículo tiene por objeto el análisis del Derecho internacional de asilo y el modo en que éste puede hoy ser complementado por el Derecho internacional de los derechos humanos para dar respuesta a las modificaciones introducidas en las legislaciones europeas, poniendo de manifiesto que, si bien la mayor garantía de protec-

ción de los derechos fundamentales viene dada por los ordenamientos jurídicos internos, cuando la protección interna falla es posible el recurso al Derecho internacional.

## **2. TRANSFORMACIONES EN EL CONTEXTO LEGISLATIVO EUROPEO EN MATERIA DE ASILO**

A mediados de los años setenta, y debido fundamentalmente a la crisis económica originada por la crisis energética, los países del Norte de Europa empezaron a cerrar sus fronteras a la mano de obra extranjera (fundamentalmente de países del Sur de Europa). La restricción en las legislaciones nacionales sobre extranjería trajo como consecuencia un aumento en el número de solicitudes de asilo, que se convirtió en la vía de entrada en territorio europeo, ya que la legislación relativa a esta materia continuaba siendo más permisiva<sup>1</sup>. En un intento de evitar el abuso de dicha institución, los países de Europa comenzaron a modificar sus legislaciones internas sobre asilo, haciéndolas más restrictivas, a la vez que iniciaban procesos de cooperación a nivel internacional. Esta cooperación se ha llevado a cabo fundamentalmente fuera del marco institucional de la Comunidad Europea, y por lo tanto al margen de las garantías y controles en ella establecidos.

### **A) Cooperación a nivel intergubernamental. El Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen**

Gran parte del proceso de armonización de las políticas europeas sobre asilo y migración que tiene sus orígenes a

---

<sup>1</sup> TAPINOS, G.: *Europa entre la Inmigración y la Cooperación al desarrollo*, Barcelona, Paulino Torras Domènech, 1992, pág. 32.

mediados de los ochenta entre los distintos países de la Comunidad Económica Europea se ha venido desarrollando a nivel intergubernamental.

El primer instrumento establecido es el Acuerdo de Schengen de 1985, entre Bélgica, Países Bajos, Luxemburgo, Francia y Alemania<sup>2</sup> (y su Convenio de Aplicación de 1990). El Acuerdo recogió las prácticas restrictivas que se habían ido estableciendo a nivel nacional. Rápidamente, los demás países de la Comunidad quisieron unirse a las negociaciones, y actualmente otros Estados se han unido al grupo. Posteriormente, los Estados miembros han preparado otros instrumentos, como la Convención de Dublín de 1990 (que determina el Estado responsable para examinar las solicitudes de asilo presentadas en uno de los Estados Miembros de la Unión Europea), y la Convención sobre el Cruce de las Fronteras Exteriores, pendiente de la resolución de la divergencia entre España y el Reino Unido a propósito de Gibraltar<sup>3</sup>.

Por otra parte, existe ya una Convención «paralela» a la Convención de Dublín abierta a los países europeos que no son miembros de la Unión. Es decir, que todos los países europeos que actualmente no producen refugiados, ni se prevé que puedan hacerlo en el futuro, se asociarán en este proceso.

Fuera del plano convencional, han existido otros foros para la cooperación intergubernamental, como el Grupo de Trevi o el Grupo *Ad Hoc* Inmigración. En el marco de este último grupo se adoptaron en la reunión de Londres, celebrada los días 30 de noviembre y 1 de diciembre, la Re-

---

<sup>2</sup> Era a estos dos últimos países hacia donde se dirigían entonces el 80 por 100 de las solicitudes de asilo realizadas en territorio comunitario. JOLY: «The Porus Dam: European Harmonization On Asylum In The Nineties», *International Journal of Refugee Law*, vol. 6, núm. 2, 1994, pág. 163.

<sup>3</sup> CHARPENTIER, J.: «Les conditions d'accès des étrangers dans l'espace Schengen», en PAULY, A., *Les Accords de Schengen: Abolition des Frontières Intérieures ou Menace pour les Libertés Publiques*, Maastricht, Institut Européen d'Administration Publique, 1993, pág. 67 .

solución sobre las solicitudes de asilo manifiestamente infundadas y la Resolución sobre los terceros países de acogida, y se examinó la posibilidad de conferir a estas medidas carácter vinculante mediante un convenio<sup>4</sup>.

A partir de la constitución de un espacio único sin fronteras, el extranjero que entre (legal o ilegalmente) en el territorio de uno de los países signatarios, tendrá en la práctica libre acceso al de todos los demás, debido a la falta de controles aduaneros. Así, se determina la necesidad de un control riguroso de las fronteras exteriores y la armonización de las condiciones para la exigencia de visado de modo tal que pueda garantizarse la libre circulación de los ciudadanos comunitarios y de los extranjeros legalmente residentes a través de las fronteras interiores.

Dado que de los instrumentos anteriormente mencionados el único jurídicamente vinculante que está en vigor actualmente es el Convenio de Schengen, centraremos en él nuestro análisis.

El sistema establecido por Schengen pretende asegurar el control de las fronteras exteriores ante la supresión gradual de las fronteras comunes de los Estados Parte. Así, los cuatro componentes fundamentales del sistema Schengen son: el Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo; el procedimiento para la concesión del estatuto de refugiado (cuyas disposiciones serán sustituidas por las de la Convención de Dublín cuando entre en vigor); la circulación de extranjeros; y el intercambio de información (sobre los procedimientos nacionales, datos estadísticos, y solicitantes de asilo). Es interesante examinar algunos de los instrumentos que introduce a tal fin:

a) *El concepto de «país seguro»*

Las Convenciones introducen el concepto de «país seguro». Este puede ser un «país de origen seguro», que es

---

<sup>4</sup> En esa misma reunión se adoptaron también recomendaciones sobre el extrañamiento de ciudadanos de países terceros en situación irregular. *Bol. CE* 12-1992, pto. 1.5.12.

aquél en el que generalmente se entiende que no existe riesgo para la vida o integridad de la persona, o un «tercer país seguro», que es aquél distinto del de origen y del de primer asilo, donde no existe peligro para la vida ni la integridad de la persona<sup>5</sup>.

Sin embargo, a pesar de las resoluciones de Londres anteriormente mencionadas, no existe una interpretación uniforme por parte de los distintos Estados ni del concepto ni de los criterios que dan lugar a la determinación de un Estado como «tercer país seguro» o «país de origen seguro», lo que da lugar a la elaboración de listas diferentes; es decir, que un país considerado seguro por un Estado puede no serlo por otro. En principio, el Estado donde se presenta una solicitud de asilo debe determinar si existe un tercer país al que pueda enviarse al solicitante de asilo. Si la conclusión del examen de la solicitud resultara afirmativa, el Estado podrá decidir la no admisión del solicitante en su territorio y su envío a tal Estado. Sólo si no existe un tercer país seguro se aplicará la Convención de Dublín (cuando ésta entre en vigor), en base a la cual se determinará el país de la Unión responsable de la tramitación de la solicitud, al que se enviará al solicitante de asilo. Este país podrá a su vez decidir si existe un tercer país responsable al cual pueda ser expulsado el solicitante. Puede suceder que este último se niegue a hacerse cargo del solicitante de asilo y devuelva a la persona a la frontera, a un tercer país, o incluso al país de origen, lo que podría dar lugar a una violación indirecta del principio de *non-refoulement*, que prohíbe el envío de una persona a las fronteras de un territorio donde su vida o libertad corran peligro. Para evitar estas situaciones, los Estados de la Unión están firmando convenios de readmisión con distintos países, fundamentalmente del Este de Europa<sup>6</sup>. Básicamente, es-

---

<sup>5</sup> Véase HAILBRONNER, K.: «The Concept of 'Safe Country' and Expeditious Asylum Procedures: A Western European Perspective», *International Journal of Refugee Law*, vol. 5, núm. 1, 1993, págs. 31-65.

<sup>6</sup> Como el Acuerdo de Readmisión entre los Estados Schengen y Polonia al cual se adhirió España en octubre de 1992 (publicado en el

tos convenios determinan la readmisión por parte de uno de los Estados, de los extranjeros que hayan penetrado ilegalmente en el territorio del otro a través de sus fronteras. El Acuerdo entre el grupo de Schengen y Polonia es uno de ellos. Este Acuerdo determina la exención de visado para los nacionales polacos, a cambio de que Polonia se comprometa a readmitir en su territorio a las personas que de él provengan y que no se encuentren legalmente en el espacio Schengen. La medida se complementa con ayudas económicas para hacer frente a las cargas derivadas de la inmigración ilegal. En realidad este tipo de convenios suponen la exportación del problema a terceros países, que actúan como amortiguadores del impacto de flujos masivos de migración no deseada; pero no es una solución duradera, ya que deja el problema a las «puertas de casa», y sin políticas migratorias precisas no es factible que pueda sostenerse por mucho tiempo. Por otra parte, en la práctica los Acuerdos de Readmisión no siempre funcionan. Este es el caso del Acuerdo entre España y Marruecos, que desde su puesta en práctica ha dado lugar a numerosos problemas. No es infrecuente el rechazo por parte de las autoridades marroquíes de quienes logran llegar a Ceuta y Melilla a través de su territorio, aduciendo que este punto no puede probarse. En muchos casos, los extranjeros permanecen en «tierra de nadie» mientras se toma una decisión sobre su situación, lo que en algunos casos puede dar lugar a la violación de algunos de sus derechos fundamentales.

La práctica de enviar a los solicitantes de asilo a terceros países podría resultar en algunos casos en violaciones por parte de los Estados de las obligaciones que han adquirido internacionalmente. La mayor parte de los países con los que se han firmado acuerdos de readmisión perte-

---

*B.O.E.*, núm. 16, 19 January 1993). España ha firmado además acuerdos de readmisión con Marruecos en febrero de 1992 (*B.O.E.*, núm. 100, 25 April 1992) y con Portugal en febrero de 1993 (*B.O.E.*, núm. 77, 31 March 1995).

necen al antiguo bloque socialista, y actualmente están viviendo una época de cambio y desarrollo de sus propias estructuras sociales y económicas. No cuentan con medios materiales para absorber a todos los extranjeros que la Unión no admita y en algunos casos todavía no son parte de los convenios internacionales de protección de los refugiados y de los derechos humanos. En estas condiciones, existe el riesgo de que los solicitantes de asilo no obtengan un proceso justo de determinación de su condición de refugiados e incluso de que puedan ser devueltos a los países en los cuales manifiestan su temor a ser perseguidos.

b) *La solución al problema de los «refugiados en órbita»*

Una de las finalidades perseguidas tanto por el Convenio de Schengen como por la Convención de Dublín es la prevención de la costosa multiplicidad de solicitudes de asilo en varios Estados, contemporánea o sucesivamente. Se pretende así poner fin al problema de los llamados «refugiados en órbita»<sup>7</sup>. Cada solicitud debe ser examinada por un solo Estado, denominado país de primer asilo, que será aquél que tenga un mayor papel en la entrada del solicitante, bien por haberle concedido un visado, o por haber concedido el visado de más larga duración, o por no haberle exigido ningún tipo de visado. Otros criterios para determinar la responsabilidad de un Estado son los lazos familiares estrechos (el hecho de que un Estado haya ya acordado el estatuto de refugiado a su cónyuge, padres o hijos), las razones humanitarias, o razones de legislación interna<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Reciben este nombre los refugiados que son enviados de un Estado a otro sin obtener una regulación de su estatuto jurídico, ya que ningún Estado considera que es responsable de ellos. Los órganos de Estrasburgo han determinado en varias ocasiones que tal práctica puede constituir una violación del artículo 3 de la Convención Europea sobre Derechos Humanos.

<sup>8</sup> Artículo 30 del Convenio de Schengen, artículos 4-8 de la Convención de Dublín.

Aunque se pretende terminar con el problema de los «refugiados en órbita», en realidad, debido a la introducción del concepto de «tercer país seguro», un solicitante de asilo puede ser enviado de un país a otro hasta llegar a su destino final, como hemos visto en el apartado anterior, ya que el Estado que no se considera responsable de examinar una solicitud de asilo no tiene la obligación de asegurarse de que el Estado al que envía al solicitante lo hará. Por lo tanto, el Estado de destino puede decidir que un tercer Estado es responsable, y así sucesivamente. De este modo, como afirma Górtazar, este intento de solucionar el problema dentro de la Unión Europea, «bien puede provocar un “refugiado en órbita” entre todo el resto de los Estados de la comunidad internacional»<sup>9</sup>.

### c) *Exigencia de visados*

La exigencia de visado resulta común para todos los Estados y su práctica se ha visto incrementada en los últimos años. Sin embargo, las divergencias entre los Estados en cuanto a la elaboración de una lista común de países que necesitan visado ha dado lugar a listas distintas, como la de la Unión Europea, la del grupo Schengen, la «lista blanca» de países exentos de obtención de visado, o la «lista blanca» de países para los que *puede* ser necesaria la obtención de visado.

Esta cuestión ha de ser examinada con detalle. No existe un *derecho* a la obtención de visado. Su concesión supone una facultad discrecional del Estado; es decir, la mera reunión de los requisitos exigidos no conlleva su expedición automática<sup>10</sup>, ni la obtención del visado implica el derecho de entrada y/o residencia en el territorio del Estado

---

<sup>9</sup> GORTÁZAR ROTAECHE, C.: *Derecho de asilo y «no rechazo» del refugiado*, Madrid, Universidad Pontificia Comillas y Dykinson, 1997. pág. 247.

<sup>10</sup> La excepción a esta regla se refiere a los nacionales de terceros Estados que según la ley comunitaria tienen *derecho* de entrada y residencia en la Unión. En este caso, la expedición de visado es obligatoria.

que lo expidió. Sin embargo, las consecuencias de la concesión o denegación del documento pueden afectar a algunos de los derechos reconocidos al individuo por los instrumentos internacionales en materia, como por ejemplo el respeto a la vida familiar<sup>11</sup>. Tal derecho quedaría desvirtuado si la acción de los Estados, a través de la denegación del visado, forzara a la separación de las familias.

En el caso de los solicitantes de asilo, la introducción de visados como medida restrictiva indiscriminada puede resultar en una violación del artículo 14 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (derecho a buscar asilo), al evitar que los individuos puedan efectivamente acceder a los procedimientos necesarios para su concesión. Además, puede suponer una violación del principio de *non-refoulement*, recogido en el artículo 33 de la Convención de Ginebra<sup>12</sup>.

#### d) Sanciones a transportistas

El sistema adopta medidas específicas dirigidas al control de la inmigración irregular, como la obligación del transportista de asegurarse de que el extranjero está en posesión de los documentos necesarios para cruzar la frontera exterior (so pena de deber devolverlo a su punto de partida a sus expensas y pagar una multa)<sup>13</sup>, y el esta-

---

<sup>11</sup> La protección a la familia se recoge en el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, que afirma que la familia «tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado»; en los artículos 17 y 23 del Pacto Internacional sobre los Derechos civiles y políticos; y en el artículo 8 de la Convención Europea sobre Derechos Humanos.

<sup>12</sup> KJAERUM, M.: «Temporary Protection in Europe in the 1990s», *International Journal of Refugee Law*, vol. 6, núm. 3, 1994, pág.446.

<sup>13</sup> Artículo 26 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen. Para un análisis de la adopción de este tipo de sanciones en la legislación española, véase GIL BAZO, M. T.: *The Role of Spain as a Gateway to the Schengen Area: Changes in the Asylum Law and their Implications for Human Rights*, ponencia presentada en el Congreso «Refugee Rights and Realities», organizado por el Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Nottingham, Nottingham, noviembre, 1996.

blecimiento de sanciones penales para quienes favorezcan con fines lucrativos la inmigración clandestina<sup>14</sup>. Las sanciones a los transportistas pueden en la práctica, impedir el acceso de los solicitantes de asilo a los procedimientos para la obtención del estatuto de refugiado e incluso pueden violar el principio de *non-refoulement*, ya que no distinguen a los solicitantes de asilo de otros extranjeros. El personal empleado en las compañías de transporte de viajeros no está específicamente formado en legislación interna e internacional como para determinar cuándo se encuentra ante solicitudes de asilo bien fundadas, lo cual es competencia de las instituciones del Estado. Traspasar a los transportistas la carga de decidir sobre la viabilidad de una solicitud de asilo es manifiestamente incompatible con los instrumentos internacionales que los Estados se han comprometido a respetar, como la Convención de Chicago de 1944 sobre Aviación Civil Internacional<sup>15</sup>. Además, los refugiados son por definición personas que no tienen la protección de su Estado de origen, por lo que a menudo encuentran difícil la obtención de documentos que les permitan acceder a un visado. La propia Convención de Ginebra es consciente de la especial vulnerabilidad de quienes no pueden volver a su país de origen y necesitan protección internacional, al determinar en su artículo 31 que las entradas ilegales de los refugiados no serán penalizadas<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> Artículo 27 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen.

<sup>15</sup> CRUZ, A.: «Carrier Sanctions in Four European Community States: Incompatibilities Between International Civil Aviation and Human Rights Obligations», *Journal of Refugee Studies*, vol. 4, núm. 1, 1991, pág. 75.

<sup>16</sup> La opinión de Drüke en el sentido que los Estados sólo deberían imponer sanciones si pueden determinar que los transportistas *sabían* que el pasajero no poseía un documento de entrada válido y no tenía un temor bien fundado de persecución tampoco parece ser satisfactoria. Para Drüke esta exigencia no supone una valoración por parte de las compañías sobre la base de la solicitud de asilo ni sobre la validez de los documentos, lo cual resulta dudoso; pero en cualquier caso, no parece ser competencia de las compañías de transporte de viajeros restringir el acceso de los individuos al territorio de los Estados, y menos aún ba-

Las sanciones a compañías aéreas, unidas a la prohibición de entrada sin visado en el territorio de un Estado, suponen una limitación determinante en la búsqueda de asilo<sup>17</sup>.

e) *Procedimientos de urgencia*

Otra de las medidas que introduce el sistema Schengen es el establecimiento de procedimientos de urgencia para tratar las solicitudes manifiestamente infundadas o abusivas. Algunos de los criterios que determinan cuándo una solicitud pertenece a esta categoría son, por ejemplo, la procedencia de un país considerado seguro o que las causas alegadas sean incompatibles con la Convención de Ginebra. La inadmisibilidad de la demanda sólo en base a cuestiones meramente formales trae consigo importantes consecuencias. En primer lugar, impide la aplicación efectiva de la Convención de Ginebra, ya que su propia lógica exige que los solicitantes del estatuto de refugiado puedan presentar su caso a examen y no puedan ser expulsados antes de que se haya tomado una decisión sobre él. En segundo lugar, la inadmisibilidad supone que, en base a la Convención de Dublín de 1990, generalmente el individuo no pueda ver examinada su petición en otro de los Estados partes de dicha Convención. De este modo, sus probabilidades de obtener el reconocimiento de su condición de refugiado disminuyen. En tercer lugar, la teoría de la extraterritorialidad de los solicitantes de asilo (en los casos en los que la solicitud se haga en frontera) hasta que no se ha-

---

sándolo en el conocimiento de la falta de documentos válidos de entrada, no penada en base al artículo 31 de la Convención. DRÜKE, L.: «Refugee Protection in the Post Cold War Europe: Asylum in the Schengen and EC Harmonization Process», en PAULY, A. (dir.), *Les Accords de Schengen: Abolition des Frontières Intérieures ou Menace pour les Libertés Publiques?*, Maastricht, Institut Européen d'Administration Publique, 1993, pág. 108.

<sup>17</sup> LÓPEZ GARRIDO, D.: *El derecho de asilo*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales, 1991, pág. 189.

ya definido la admisibilidad de su solicitud, comporta la falta de acceso a las garantías concedidas a los solicitantes de asilo por los sistemas nacionales<sup>18</sup>.

Las posibilidades de recurrir la decisión que deniega el acceso al territorio del Estado son generalmente limitadas, y no siempre susceptibles de control judicial. Además, en la mayoría de los casos el recurso no es suspensivo, lo que en la práctica puede dejarlo sin efecto.

#### f) *Falta de controles*

El Convenio de Schengen supone la regulación a nivel intergubernamental de materias que afectan a los derechos fundamentales, pero no contempla las garantías que las legislaciones internas les conceden. Las prerrogativas de la Administración son cada vez mayores en esta materia, lo que difiere abiertamente de los principios generales aplicables a las cuestiones relacionadas con los derechos fundamentales de las personas. Ningún tribunal internacional ha recibido competencias para interpretar y controlar la aplicación de la propia convención<sup>19</sup>. Algunos auto-

---

<sup>18</sup> Es cada vez más frecuente el establecimiento de «zonas internacionales» en las fronteras de los Estados occidentales, y en la mayoría de sus grandes aeropuertos. No existe regulación jurídica específica sobre estas zonas ni en las legislaciones nacionales (excepto en la francesa), ni en el derecho de los transportes internacionales; es decir, que las llamadas «zonas internacionales» se encuentran en una situación «no jurídica». Muchos solicitantes de asilo se ven de este modo privados de su libertad de movimientos sin que esté regulado por ningún texto, sin garantías, sin comunicación con el exterior, y en muchos casos sin las mínimas condiciones sanitarias ni higiénicas. JULIEN-LAFERRIÈRE, F.: «Préface», en JULIEN-LAFERRIÈRE, F. (dir.): *Frontières du droit. Frontières des droits. L'introuvable statut de la «zone internationale»*, Paris, L'Hartmann, 1993.

<sup>19</sup> Esta falta de control es una de las grandes críticas que ha recibido el grupo de Schengen, y que últimamente ha pretendido aliviar haciendo públicos algunos de sus informes y manteniendo reuniones con las distintas instituciones interesadas; pero esta actitud está lejos de permitir un auténtico control sobre sus actuaciones.

res opinan que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sería el órgano idóneo<sup>20</sup>, mientras que otros consideran que el procedimiento ante este tribunal resulta demasiado lento ante asuntos que requieren una gran rapidez de decisión<sup>21</sup>.

El control de la compatibilidad entre la normativa comunitaria y la Convención es otro de los puntos que causan preocupación. Tanto Schengen como Dublín afirman las obligaciones de los Estados parte con respecto a la Convención de Ginebra y el Protocolo de Nueva York sobre el Estatuto de los Refugiados<sup>22</sup>. Asimismo, el artículo 134 del Convenio de Schengen establece que cualquiera de sus disposiciones en contra del Derecho Comunitario no será aplicable. Dado que la Unión Europea tiene la obligación de respetar los instrumentos legales relativos a la protección de derechos humanos, especialmente el Convenio Europeo sobre Derechos Humanos, cabe entender que cualquier disposición del Convenio de Schengen contraria a estos instrumentos no debería ser aplicable<sup>23</sup>, sobre todo teniendo en cuenta que el respeto de los derechos fundamentales por parte de la Unión Europea se formula como vinculante. Es más, el artículo K.2 del Tratado de Maastricht determina que las cuestiones del artículo K.1 (entre las cuales se encuentra la política de asilo) se tratarán en el respeto del Convenio Europeo de Derechos Humanos y

---

<sup>20</sup> GROENENDIJK, C. A.: «The Competence of the EC Court of Justice with respect to Intergovernmental Treaties on Immigration and Asylum», *International Journal of Refugee Law*, vol. 4, núm. 4, 1992, pág. 536.

<sup>21</sup> MARIÑO MENÉNDEZ, F. M.: «La protección de los derechos de los extranjeros y en particular del derecho de asilo: derecho internacional, derecho europeo y derecho español», *Convulsión y violencia en el mundo. Seminario de Investigación para la Paz*, Zaragoza, Centro Pignatelli, 1994, pág. 74.

<sup>22</sup> Artículos 26.1 y 2, respectivamente.

<sup>23</sup> Esta afirmación se fundamenta en el artículo 30.2 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, que establece que cuando un tratado especifique que no debe ser considerado incompatible con otro, prevalecerán las disposiciones de éste.

de la Convención de Ginebra<sup>24</sup>. Sin embargo, y debido a la inexistencia de un órgano de control, no es posible asegurar internacionalmente el cumplimiento de tales obligaciones.

g) *Sistema de Información Schengen (SIS)*

Este SIS supone la existencia de un sistema informático que permite la elaboración de informes sobre extranjeros que podrán ser consultados por todos los Estados miembros. El Convenio regula todos los puntos de este sistema en su Título IV, pero deja lagunas sin resolver. No delimita claramente qué autoridades pueden acceder a la información y abandonan la protección de los derechos informáticos de los individuos a las legislaciones nacionales, lo cual supone una vez más, distintos grados de protección en cada Estado. El SIS establece algunas medidas de protección, pero deja sistemáticamente fuera los casos de solicitud de asilo<sup>25</sup>.

h) *Falta de armonización substantiva*

El Convenio de Schengen se ocupa solamente de la entrada de los extranjeros y no de su establecimiento (que continúa siendo competencia nacional); es decir, que no pretende armonizar las políticas migratorias ni los proce-

---

<sup>24</sup> Sobre la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos, véase ESCOBAR HERNÁNDEZ, C.: «Comunidad Europea y Convenio Europeo de Derechos Humanos: ¿el fin de una vieja polémica? (Comentario al Dictamen 2/94 del TJCE, de 28 de marzo de 1996)», *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 23, núm. 3, septiembrediciembre, 1996; FERNÁNDEZ SOLA, N.: «La adhesión de la Comunidad Europea al Convenio Europeo de Salvaguarda de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Comentario al Dictamen 2/94 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 144, enero, 1997, año XIII.

<sup>25</sup> MAHMOOD, S.: «The Schengen Information System: An Inequitable Data Protection Regime», *International journal of Refugee Law*, vol. 7, núm. 2, 1995, págs. 195-199.

dimientos concretos de obtención de un estatus jurídico de refugiado<sup>26</sup>. Sin embargo, al establecer un espacio único, pero con legislaciones tan diversas, crea conflictos y afecta a las posibilidades reales que un individuo tiene de ver reconocidas sus aspiraciones. El argumento utilizado por algunos para justificar tales medidas, consistente en afirmar que Europa es un espacio homogéneo con principios y sistemas jurídicos tan similares que resulta indiferente cuál sea el Estado encargado de dar curso a una solicitud de asilo<sup>27</sup> parece bastante difícil de sostener. La historia migratoria de los distintos países europeos es muy diferente, y en muchos casos totalmente opuesta. La diversidad tanto en la situación como en las legislaciones de cada uno de los países es patente. Mientras que algunos países tienen una larga tradición en inmigración (Alemania y Francia), otros (España, Italia, y Grecia) se han incorporado a esta tendencia sólo recientemente<sup>28</sup>, y al retorno de los nacionales emigrantes se une la llegada de población extranjera. Por otra parte, mientras que en Luxemburgo alrededor del 30 por 100 de la población es extranjera, Portugal continúa teniendo un saldo migratorio neto negativo. Ello no obsta a que todos ellos, con excepción de Irlanda (que continua siendo país de emigración), se enfrenten a un aumento de la inmigración en cifras relativas, si bien la distribución de los contingentes migratorios resulta desequilibrada.

---

<sup>26</sup> El artículo 32 del Convenio de Schengen establece que la Parte contratante responsable del examen de la solicitud de asilo lo llevará a cabo con arreglo a su Derecho nacional. El artículo 2.3 de la Convención de Dublín establece que la solicitud será examinada de conformidad con su legislación nacional y con sus obligaciones internacionales.

<sup>27</sup> HAILBRONNER, K.: «The Concept of 'Safe Country' and...», *op. cit.*, pág. 58.

<sup>28</sup> GOMEL, G., y REBECCHINI, S.: *Migrazioni in Europa: andamenti, prospettive, indicazioni di politica economica*, Roma, Banca D'Italia, 1992, pág. 12.

## B) Cooperación en sede comunitaria<sup>29</sup>

El T.U.E. presenta una división de competencias entre las áreas en principio comunitarias y las áreas en principio intergubernamentales (conocidas como el primer y el tercer pilar respectivamente). El segundo pilar se refiere a la Política Exterior y de Seguridad Común.

El artículo 100.c) del TCE (añadido por el artículo GD 23 del TUE) —primer pilar— establece que el Consejo, por unanimidad, (a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo), determinará los terceros países cuyos nacionales deban estar provistos de un visado al cruzar las fronteras exteriores de los Estados miembros. Si se diera una situación de emergencia que supusiera un riesgo de afluencia masiva de nacionales de un tercer país, el Consejo podrá (por mayoría y en base a una recomendación de la Comisión) requerirles la posesión de un visado. La medida tendrá una duración de seis meses como máximo (a no ser que se amplíe según el procedimiento del apartado 1). El Consejo adoptó el día 25 de septiembre de 1995 el Reglamento (CE) número 2317/95 por el que se determinan los países terceros cuyos nacionales deben estar provistos de un visado al cruzar las fronteras exteriores de los Estados miembros<sup>30</sup>.

El artículo 100.c) otorga a la Comunidad algunas competencias nuevas, aunque limitadas, a la vez que abre la posibilidad a posteriores trasposos de competencias: la determinación de los países que deberán estar en posesión de visado, y la adopción de las medidas relativas a un modelo uniforme de visado. Su aplicación, sin embargo, está en

---

<sup>29</sup> Para un análisis del asilo en derecho comunitario europeo, véase MARIÑO MENÉNDEZ, F. M.: «La protección de los derechos de los extranjeros...», *op. cit.*, págs. 70-74.

<sup>30</sup> Publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas núm. L 234, de 3 de octubre de 1995. El *Diario Oficial* núm. C 379, de 14 de diciembre de 1996 publica una Comunicación de la Comisión en el marco de la aplicación de dicho Reglamento.

función de la entrada en vigor de la Convención sobre el Cruce de las Fronteras Exteriores, ya que su ejercicio aislado no tendría sentido.

Por otra parte, el Parlamento debe ser consultado sobre las propuestas de la Comisión, antes de su adopción por el Consejo. Sin embargo, queda excluido del procedimiento de urgencia descrito en el párrafo segundo. Sólo si la medida de urgencia desea hacerse permanente, se consultará al Parlamento. Por lo tanto, los términos reales de su participación en este área resultan muy limitados.

Las disposiciones que hacen referencia al tercer pilar (cooperación intergubernamental en los ámbitos de Justicia e Interior) son los artículos K.1 al K.9 del TUE. Estos declaran de interés común nueve áreas diferentes, entre las cuales se encuentra la política de asilo, la normativa sobre el cruce de personas por las fronteras exteriores, y la política de inmigración, así como la relativa a los nacionales de terceros Estados.

La función del Parlamento en este caso es todavía más limitada, ya que es mencionado sólo a fines de establecer la responsabilidad compartida por la Comisión y la presidencia de mantener al Parlamento informado<sup>31</sup>.

El asilo es objeto de una Declaración separada contenida en el Tratado<sup>32</sup>, que atribuye un papel importante al Consejo, al determinar que éste estudiará prioritariamente las cuestiones referentes a la política de asilo de los Estados miembros, con la finalidad de adoptar una acción común destinada a armonizar algunos de sus aspectos. Asimismo, el Consejo estudiará la posibilidad de aplicar el artículo K.9 a estas materias, es decir, el traspaso de competencias desde el ámbito intergubernamental al comunitario.

Las disposiciones del Tratado de la Unión Europea resultan interesantes porque pueden suponer el comienzo de un proceso de transferencia gradual de estas materias a las instituciones comunitarias, que garantice procedimientos

---

<sup>31</sup> Artículo K.6. del TUE.

<sup>32</sup> Declaración número 31 del TUE relativa al asilo.

de control por parte de los órganos competentes y el respeto a los derechos humanos, en cuanto que estas cuestiones se deberán tratar en el respeto del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados<sup>33</sup>. Sin embargo, la falta de jurisdicción del Tribunal de Justicia sobre las convenciones realizadas en base al artículo K.1, a menos que le sea expresamente conferida<sup>34</sup>, deja en la práctica vacía de contenido la disposición anterior.

El proceso no resultará fácil, ya que la recomendación a los Estados miembros para su adopción requiere decisiones por unanimidad, y posteriormente la adopción definitiva ha de pasar por el proceso constitucional determinado por cada uno de los Estados para su entrada en vigor. Por el momento, un paso significativo es el derecho de iniciativa de la Comisión (aunque no sea exclusivo), así como el traslado del marco de trabajo y de responsabilidades al seno del Consejo<sup>35</sup>. Es de lamentar que el papel del Parlamento, que es la Institución comunitaria más progresista en el campo de los derechos humanos, se limite a una función meramente consultiva<sup>36</sup>.

Para algunos autores, como Martín, el Título VI representa un fracaso en la integración. La exclusión del Parlamento y del Tribunal de Justicia, supone que de momento la comunitarización de estas materias sea sólo formal, lo cual atenta a los fundamentos mismos de la Unión<sup>37</sup>. Este

<sup>33</sup> Artículo K.2 del TUE.

<sup>34</sup> Artículo K.3(2)(c) del TUE.

<sup>35</sup> Artículo K.3 del TUE.

<sup>36</sup> Sería deseable una mayor participación del Parlamento en estas cuestiones, ya que es la institución, no sólo más democrática, sino la que con mayor frecuencia se ha manifestado a favor de la protección de los derechos humanos. Sobre la materia específica de asilo, véase, por ejemplo, VETTER, H. O.: *Dictámen en nombre de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Derechos Cívicos del Parlamento Europeo sobre los problemas del derecho de asilo*, Documento 1986-87, Serie A, núm. 2-227/86/B.

<sup>37</sup> MARTÍN, D.: *La libre circulation des personnes dans l'Union européenne*, Bruselas, Bruylant, 1994, pág. 510.

sistema puede dar lugar a graves conflictos de competencias entre la Unión y la cooperación intergubernamental, si bien esta vía está llamada a desaparecer, precisamente a medida que las cuestiones que trata se comunitaricen.

La Conferencia Intergubernamental iniciada en 1996 para la modificación del TUE podría reformar las disposiciones relativas a esta cuestión. La transformación más importante sería sin duda su comunitarización, es decir su traslado desde el Tercer Pilar hasta el Primero. En preparación para la CIG, las distintas Instituciones comunitarias han elaborado informes en los que expresan sus reflexiones sobre el funcionamiento del Tratado y las necesidades de reforma.

Una queja común se da precisamente en lo referente a las materias que regula el Título VI. La Comisión ha expresado una valoración negativa en cuanto a determinados asuntos, como el reducido papel del Parlamento en cuestiones que afectan a los derechos fundamentales de las personas y a las libertades públicas, lo cual exige un mayor control parlamentario, sobre todo tratándose de instrumentos jurídicos vinculantes<sup>38</sup> y judicial. Por su parte, el Tribunal de Justicia no tiene competencia en lo que respecta a posiciones y acciones comunes tomadas en esta materia, aunque tales instrumentos pueden afectar a los derechos de los individuos. Además, el limitado papel que se concede al Tribunal todavía no se ha utilizado. En otro orden de cosas, la Comisión recuerda que con respecto a los derechos asignados a la ciudadanía europea, la posibilidad de ampliación que recoge el Tratado no se ha dado hasta ahora. En resumen, las quejas de la Comisión se refieren fundamentalmente a la falta de transparencia y de control en estos asuntos.

Por su parte el Consejo, en un primer balance de la aplicación de estas nuevas disposiciones, opina que es insufi-

---

<sup>38</sup> CONSEJO EUROPEO: *Informe del Consejo sobre el Funcionamiento del Tratado de la Unión Europea*, Bruselas, Comunidades Europeas, 1995, pág. 25.

ciente. Se ha hecho un uso muy reducido de las disposiciones del Título VI. En cualquier caso, el alto grado de «sensibilidad» de estas materias hace necesario un plazo mayor para evaluar los resultados<sup>39</sup>.

### 3. REGIMEN INTERNACIONAL DE ASILO

#### A) Evolución histórica

La institución del asilo ha sido conocida y ha evolucionado desde el principio de la Historia. En origen es claramente una institución religiosa, una llamada a la protección divina contra la in/justicia humana<sup>40</sup>.

Son las modalidades de asilo religioso entre los judíos las que darán al asilo su mayor expresión y le harán entrar en el derecho público. Para los judíos sólo pueden gozar del asilo los inocentes, tanto hebreos como extranjeros.

Etimológicamente, la palabra deriva del término griego *asylos*, que significa «el que no puede ser pillado», es decir, el que es inviolable. En Grecia, la mayoría de los templos constituían lugares de refugio sagrado, aunque enseguida las ciudades enteras se convirtieron en lugares de asilo, sin que la institución perdiera por ello su carácter religioso: el dios tomaba al refugiado bajo su protección, de modo que la justicia humana debía inclinarse ante la divina. El asilo

---

<sup>39</sup> CONSEJO EUROPEO: *Informe del Consejo sobre el Funcionamiento del Tratado de la Unión Europea*, Bruselas, Comunidades Europeas, 1995, pág. 35.

<sup>40</sup> El asilo aparece en la mayor parte de las civilizaciones antiguas. Ya el tratado de paz de Kadesh, concluido entre 1280 y 1269 a.C. entre el Faraón Ramsés II y Hattusil III, rey de los hititas, recoge la excepción del crimen político, al establecer que la extradición de personas que hubieran cometido crímenes políticos sólo se llevaría a cabo con la condición de que ni ellas ni sus familias fueran castigadas. CREPÉAU, F.: *Droit d'asile. De l'hospitalité aux contrôles migratoires*, Bruxelles, Bruylant, 1995, págs. 29-30.

es en Grecia una expresión de la libertad soberana de quien protege, que por lo tanto puede concederlo a quien desee, tanto al inocente, como al deudor insolvente, al esclavo, o al delincuente común o político.

En Roma, la tradición fue en parte fundada alrededor de un templo dedicado al dios *Asylaeus*, establecido por Rómulo y Remo para que quiénes se hallasen fuera de la ley encontraran refugio. Sin embargo, salvo excepciones, Roma no concede al derecho de asilo el carácter sagrado de que gozaba en Grecia.

Con el cristianismo cambia la concepción del asilo. En un primer momento, la Iglesia considera el asilo como una intercesión del obispo ante el príncipe en favor de quien se refugia en una iglesia. Esta concepción del asilo se codifica por los emperadores Teodosio y Valentiniano en el año 438, y por Justiniano en el año 534. El ámbito territorial de protección se extiende, además de a la iglesia, a los conventos, monasterios, baptisterios, cementerios, hospitales, y residencias de obispos. Así, poco a poco el asilo va transformando su carácter, se va territorializando, especialmente a medida que se van consolidando las entidades soberanas surgidas tras la caída del Imperio Romano.

El asilo territorial deriva pues del asilo religioso, tanto conceptual como históricamente, y es el que se concede en un territorio por las autoridades soberanas de éste último, en virtud de su poder político<sup>41</sup>. Con la aparición de los Estados modernos la pérdida de poder del asilo religioso se corresponde con la reivindicación pro parte del poder civil

---

<sup>41</sup> Por cotraposición, el llamado asilo extraterritorial, más conocido por el nombre de asilo diplomático, es el que el Estado concede en el recinto de una embajada, consulado, o navío de guerra anclado en aguas territoriales de un Estado diferente del de su bandera. El asilo diplomático tiene su origen cuando empiezan a establecerse las primeras representaciones y embajadas permanentes en el siglo xv. Su efectividad responde a la atribución de inviolabilidad e inmunidad a la residencia del embajador. Aunque a principios del siglo xx se suprime casi por completo en Europa, continua practicándose regularmente en América Latina, región que ha contribuido notablemente al desarrollo del concepto de asilo diplomático desde épocas tempranas.

del derecho de administrar la justicia en régimen de exclusividad. Poco a poco, a medida que las leyes se humanizan y las penas se dulcifican, no resultan admisibles esferas de poder exentas del imperio de la ley.

Un nuevo paso en la evolución del derecho de asilo en su transformación en un institución que protege no ya a los delincuentes comunes, sino sólo a los perseguidos por delitos políticos. Esta concepción protege no sólo la vida, sino también la libertad de pensamiento. Así, a partir del siglo XVIII, el asilo se convierte en político en sentido estricto. Tras la Revolución francesa, la nueva concepción del asilo encuentra su primera formulación moderna en el artículo 120 de la constitución de 1793, que establece que el Pueblo francés concede el asilo a los extranjeros huidos de su patria por causa de la libertad, al mismo tiempo que determina la denegación de ese mismo asilo a los tiranos. a la división del mundo entre protestantes y católicos se une ahora la división entre reinos y repúblicas como concepciones políticas diametralmente opuestas, lo que producirá un nuevo tipo de refugiados: los políticos.

## **B) La concepción contemporánea del asilo**

A pesar de la antigua tradición del asilo en la historia de la humanidad, solamente desde finales de la II Guerra Mundial la cuestión relativa a la protección de refugiados adquiere carácter internacional<sup>42</sup>. Es en el período de en-

---

<sup>42</sup> A pesar de ello, el asilo como institución fue ya tratado por los primeros autores del *ius gentium*, que lo consideraban como garantía de la libertad. Estos autores postularon que los individuos temerosos de sus gobernantes tenían derecho a abandonar su país y solicitar refugio en otro. En la base de esta idea se encuentra la concepción de la unidad y la solidaridad de la humanidad, a pesar de la división del mundo en comunidades individuales. Expresión de tal unidad es la preocupación general de todos los Estados por la libertad individual. Entre estos autores destacan FRANCISCO DE VITORIA, GROCIUS, WOLFF, VATTEL y especialmente FRANCISCO DE SUÁREZ, S. J. Sobre las teorías de estos autores con respecto

reguerras cuando las crisis producidas por los desplazamientos masivos de personas a través de las fronteras europeas se convierten en un problema internacional y dan lugar a la respuesta de la Sociedad de Naciones. El flujo masivo de refugiados de la Revolución rusa y la guerra civil posterior se encuentra con la falta de infraestructura de los Estados de acogida y de las organizaciones humanitarias para gestionar tales movimientos de población. A pesar de que el asilo estaba bien asentado en el Derecho internacional y en la práctica de los Estados, el marco tradicional de protección (a través de los Estados individuales) se demostró inadecuado para dar solución a la situación de millones de personas en la primera parte del siglo xx<sup>43</sup>. Así, la Sociedad de Naciones, en respuesta a una solicitud del CICR, acepta en 1921 la responsabilidad de la protección jurídica y política de ciertos grupos de refugiados, nombrando tres meses después a Fridtjof Nansen Alto Comisionado para los refugiados rusos<sup>44</sup>. Comienza así la formulación jurídica del estatuto internacional de refugiado de la forma en que la conocemos actualmente.

Bajo los auspicios de la Sociedad de Naciones se firman acuerdos y convenciones para la protección de determinadas categorías de refugiados, como el Acuerdo relativo a la extensión de certificados de identidad a los refugiados rusos y armenios de 12 de mayo de 1926, completado por el Acuerdo relativo a la extensión a otras categorías de refugiados de ciertas medidas tomadas en favor de los refugiados rusos y armenios, de 30 de junio de 1928; el Acuerdo relativo al estatuto jurídico de los refugiados rusos y armenios, de 30 de junio de 1928; o la Convención relativa al

---

al asilo, véase GARCÍA MORA, M. R.: *International Law and Asylum as a Human Right*, Washington, D.C., Public Affairs Press, 1956.

<sup>43</sup> SKRAN, C. M.: *Refugees in Inter-War Europe. The emergence of a regime*, Oxford, Clarendon Press, 1995, pág. 101.

<sup>44</sup> CAMPICHE, M.-P.: *Le traitement des réfugiés en situation irrégulière en Suisse. L'application dans l'ordre juridique Suisse de l'article 31 de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés*, Zurich, Schultess Polygraphischer Verlag AG, 1995, pág. 24.

estatuto internacional de los refugiados de 28 de octubre de 1933. A medida que se suceden nuevas situaciones de producción de refugiados, la Sociedad de Naciones va dándoles respuesta en sucesivos acuerdos, como la Convención relativa al estatuto de los refugiados procedentes de Alemania de 10 de febrero de 1938, extendida a los refugiados procedentes de Austria por el Protocolo adicional de 14 de septiembre de 1939. Estos acuerdos no recogen una definición universal del refugiado, sino que protegen a determinadas categorías de personas basándose en el criterio de su nacionalidad: rusos y armenios o asirios, entre otros. Los requisitos para ser reconocido como tal eran encontrarse fuera del país de origen y sin la protección del gobierno de tal Estado<sup>45</sup>.

Durante la II Guerra Mundial y posteriormente a ésta, se establecieron nuevos organismos cuya finalidad era proporcionar ayuda y protección internacional a los refugiados y desplazados, como la UNRRA, el Comité Intergubernamental para los refugiados, o la Organización Internacional para los Refugiados. Los estatutos de estas agencias especificaban ciertas categorías de personas que debían ser asistidas, como las víctimas de los regímenes fascistas, ciertas personas de origen judío, aquellos que eran ya considerados refugiados antes de la II Guerra Mundial, etc. La OIR reconocía expresamente que los individuos podían tener objeciones válidas para volver a sus países de origen, incluyendo la persecución o el temor razonable de ser perseguidos por razón de raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas. La inclusión de las distintas categorías de personas bajo la protección de estas agencias no siempre respondió a las necesidades reales de protección; así, en el caso de los refugiados como consecuencia de la guerra civil española, la inminencia de la II Guerra Mundial y la protección de los intereses económico-políticos de países como EE.UU., Francia, y el Reino

---

<sup>45</sup> GOODWIN-GILL, G. S.: *The Refugee in International Law*, 2.<sup>a</sup> ed., Oxford, Clarendon Press, 1996, pág. 4.

Unido impidieron su inclusión bajo el mandato del CIGR, para evitar una enemistad con el régimen de Franco de consecuencias negativas para los países implicados<sup>46</sup>.

Tras la II Guerra Mundial, y ante el hecho del desplazamiento masivo de personas de distintas nacionalidades en Europa, se hace necesario un régimen general de protección internacional de los refugiados. Este se establecerá bajo los auspicios de las Naciones Unidas.

### C) El sistema de Naciones Unidas

Tras la II Guerra Mundial se da un movimiento de atención y revalorización de los derechos humanos, que habían sido tan gravemente violados durante el período anterior. Una de las preocupaciones principales de la comunidad internacional en ese momento es asegurar la protección de los derechos del hombre. En este contexto se inscribe la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, cuyo artículo 14, párrafo 1.º reza así:

1. En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país.

El artículo 14 proclama como derecho fundamental el derecho a *buscar* asilo, pero sin embargo no establece un deber correlativo para los Estados de concederlo, por lo que resulta ser un derecho imperfecto. Asimismo establece en su párrafo segundo las excepciones, que responden a la consideración del carácter exclusivamente político del asilo:

2. Este derecho no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comu-

---

<sup>46</sup> Para un interesante análisis de esta cuestión, véase SJÖBERG, T.: *The Powers and the Persecuted. The Refugee Problem and the Intergovernmental Committee on Refugees (IGCR), 1938-1947*, Lund, Lund University Press, 1991, págs. 83-95.

nes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.

Más adelante, ni el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ni el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 1966, recogieron artículos similares, lo cual responde al temor de los Estados a verse obligados por instrumentos jurídicos en una cuestión tan delicada como la del asilo. Esta «laguna» indica una tendencia hacia la falta de aceptación por los Estados de este derecho limitado como obligación *jurídica*, lo que lleva a Lillich a afirmar la extrema debilidad de este derecho en el conjunto de la Declaración Universal<sup>47</sup>. Esta afirmación debe ser hecha con cautela, ya que, como explica Meron, una división poco rigurosa de los derechos humanos en distintas categorías jerárquicas puede afectar negativamente a la credibilidad de los derechos humanos como disciplina jurídica, sobre todo considerando que no puede identificarse un sistema aceptado de distinción entre derechos superiores y ordinarios<sup>48</sup>.

a) *El Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR)*

El ACNUR fue establecido en 1950 para asegurar la protección jurídica de los refugiados y buscar soluciones permanentes a tal problema. El párrafo 6 del Estatuto del ACNUR determina quiénes son las personas bajo su competencia:

6. El Alto Comisionado tendrá competencia respecto a:

---

<sup>47</sup> LILICH, R.B.: «Civil Rights», en MERON T. (ed.), *Human Rights in International Law. Legal and Policy Issues*, Oxford, Clarendon Press, 1992, pág. 153.

<sup>48</sup> MERON, T.: «On a Hierarchy of International Human Rights», *American Journal of International Law*, vol. 80, 1986, pág. 22.

A. *i)* Cualquier persona que haya sido considerada como refugiado en virtud de los Arreglos del 12 de mayo de 1926 y del 30 de junio de 1928, o de las Convenciones del 28 de octubre de 1933 y del 10 de febrero de 1938, del Protocolo del 14 de septiembre de 1939 o de la Constitución de la Organización Internacional de Refugiados;

*ii)* Cualquier persona que, como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1.º de enero de 1951 y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad u opinión política, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores o de razones que no sean de mera conveniencia personal, no quiera acogerse a la protección de ese país, o que, por carecer de nacionalidad y estar fuera del país donde antes tenía su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores o de razones que no sean de mera conveniencia personal, no quiera regresar a él.

Las decisiones adoptadas por la Organización Internacional de Refugiados durante el período de sus actividades en cuanto a la condición de refugiado de una persona, no impedirán que se conceda el estatuto de refugiado a personas que reúnan las condiciones establecidas en el presente párrafo (...).

B) Cualquier otra persona que se halle fuera del país de su nacionalidad o, si carece de nacionalidad, fuera del país en el cual tenía su residencia habitual, por tener o haber tenido temores fundados de ser víctima de persecuciones por motivos de raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas, y no pueda o, debido a ese temor, no quiera acogerse a la protección del gobierno del país de su nacionalidad o, si carece de nacionalidad, no quiera regresar al país donde antes tenía su residencia habitual.

De este artículo se desprende que son refugiados según el Estatuto del ACNUR las siguientes personas:

1. Refugiados cubiertos por anteriores Tratados y Acuerdos.

2. Refugiados como consecuencia de acontecimientos anteriores al 1 de enero de 1951, que se hallen fuera de su país y no puedan o no quieran acogerse a su protección debido a un temor bien fundado de ser perseguidos.
3. Cualquier otra persona que se encuentre fuera de su país, o siendo apátrida fuera de su país de residencia habitual, que no pueda o no quiera acogerse a la protección de tal país por un temor bien fundado de ser perseguida.

Esta definición es de aplicación universal (a diferencia de la recogida en la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, como veremos posteriormente), sin limitaciones de tiempo o lugar, y su importancia radica en que determina quién queda bajo la protección de Naciones Unidas.

Poco a poco, y sobre todo en los últimos treinta años (tras la independencia de las colonias africanas, especialmente), las situaciones en las que el ACNUR ha debido intervenir han ido incrementándose<sup>49</sup>. Desde que en 1957 la Asamblea General de Naciones Unidas autorizó por primera vez al ACNUR a prestar asistencia a refugiados que no estaban recogidos completamente en el Estatuto<sup>50</sup>, ha ido extendiendo el mandato de ACNUR a través de sus resoluciones. El mandato del ACNUR cubre así, situaciones de cruce masivo de fronteras, en las que no es posible el análisis individual de las reclamaciones, así como a aquellos grupos o categorías de personas que habiendo atravesado una frontera internacional se presumen sin protección de su Estado de origen, e incluso a desplazados internos. Es importante notar que este refugiado «estatu-

---

<sup>49</sup> El ACNUR ha pasado de asistir a 2,7 millones de personas en 1975 a asistir a 27,5 millones de personas en 1995. ACNUR: *La situación de los refugiados en el mundo 1995. En busca de soluciones*, Madrid, Alianza Editorial, 1995, pág. 20.

<sup>50</sup> Resolución de la Asamblea General de NU 1167 (XII), de 26 de Noviembre de 1957.

tario» en sentido amplio gozará de la inmediata protección del refugio temporal y de un estándar mínimo de tratamiento, así como de soluciones adecuadas a largo plazo<sup>51</sup>, lo cual supone un avance importante en las obligaciones de los Estados y de la comunidad internacional, más allá de las definiciones estrictas de los instrumentos convencionales.

Por medio de la Resolución 672 (XXV) del ECOSOC, de 30 de abril de 1958, se establece el Comité Ejecutivo del programa del Alto Comisionado para los Refugiados (EXCOM), con la finalidad de asesorar al ACNUR sobre sus actividades, utilización de fondos, y oportunidad de asistencia internacional para contribuir a la solución de problemas relativos a los refugiados<sup>52</sup>. La labor del EX-

<sup>51</sup> GOODWIN-GILL, G. S.: *The Refugee...*, *op. cit.*, pág. 17. Es interesante notar que el Profesor Goodwin-Gill en la anterior edición de su libro (GOODWIN-GILL, G. S.: *The Refugee in International Law*, 1.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 1983, pág.12) afirmaba que esta clase de refugiados estatutarios ampliamente considerada se beneficiaba del principio de *non-refoulement* (no devolución a ningún país donde su vida o libertad corra peligro), mientras que en la 2.ª edición desaparece esta afirmación y se limita a escribir que «tanto las actividades del ACNUR como las respuestas de los Estados con respecto a los refugiados en sentido amplio pueden estar limitadas al suministro de refugio temporal y asistencia material, y a la búsqueda de la repatriación voluntaria». GOODWIN-GILL, G. S.: *The Refugee...*, *op. cit.*, 2.ª ed., págs. 17-18. Sin embargo, más adelante (pág. 121) afirma (como lo hizo ya en la 1.ª ed., pág. 73) que «la práctica de los Estados en casos de flujos masivos ofrece algo de apoyo a la opinión de que el *non-refoulement*, o un principio de refugio análogo, se aplica tanto al refugiado individualmente considerado con un temor bien fundado de ser perseguido, como a los frecuentes grandes grupos de personas que no gozan de hecho de la protección del gobierno de su país de origen», si bien ahora añade «en ciertas circunstancias bastante bien definidas». Cabe preguntarse si la aparente restricción en cuanto a la amplitud de aplicación de la prohibición del *non-refoulement*, que en principio se presenta como una prohibición de carácter absoluto generalmente aceptada como parte del Derecho internacional general, obedece a un retroceso en la evolución de la delimitación del contenido de dicho principio de Derecho internacional general.

<sup>52</sup> El EXCOM es el tercero de los tres organismos establecidos por el ECOSOC para secundar al ACNUR en su tarea. Véase CAMPICHE, M.-P.: *Le traitement...*, pág. 31.

COM no se limita a la asistencia material, sino que a través de sus Resoluciones y Conclusiones ha ido creando un cuerpo importante de documentación que, si bien carece de valor jurídico vinculante, posee una indiscutible fuerza moral.

b) *La Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y el Protocolo de 1967*

La Convención de Ginebra, junto con el Protocolo de 1967, supone la instauración de un sistema general de protección de refugiados de ámbito internacional en la época de Naciones Unidas. Ante el gran número de desplazados como consecuencia de la guerra, los Estados adoptaron la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados. La Convención fue escrita entre 1948 y 1951 por un grupo de órganos de las Naciones Unidas, y una Conferencia de Plenipotenciarios.

La Convención, en su artículo 1.A. recoge la definición de refugiado:

A) A los efectos de la presente Convención, el término «refugiado» se aplicará a toda persona:

1. Que haya sido considerada como refugiada en virtud de los Arreglos del 12 e mayo de 1926 y del 30 de junio de 1928, o de las Convenciones del 28 de octubre de 1933 y del 10 de febrero de 1938, del Protocolo del 14 de septiembre de 1939 o de la Constitución de la Organización Internacional de Refugiados.

Las decisiones denegatorias adoptadas por la Organización Internacional de Refugiados durante el período de sus actividades, no impedirán que se conceda el estatuto de refugiado a personas que reúnan las condiciones establecidas en el párrafo 2 de la presente sección.

2. Que, como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1.º de enero de 1951 y 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 acusa 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 (...).

B) A los fines de la presente Convención, las palabras «acontecimientos ocurridos antes del 1.º de enero de 1951», que figuran en el artículo 1 de la sección A, podrán entenderse como:

- a) «Acontecimientos ocurridos antes del 1.º de enero de 1951, en Europa», o como
- b) «Acontecimientos ocurridos antes del 1.º de enero de 1951, en Europa o en otro lugar.»

Las características principales de la definición de la Convención son su conceptualización estratégica y su eurocentrismo. La definición es de aplicación a casos individuales; es decir, la persecución debe realizarse contra un individuo en concreto y no es suficiente que éste pertenezca a un grupo amenazado en términos generales: debe probarse la persecución en el caso concreto. En la práctica, y hasta el desmantelamiento del bloque socialista, se dio prioridad a la protección de personas cuya huida estuviese motivada por valores pro-occidentales. La Convención establece la posibilidad de limitar su aplicación a refugiados como consecuencia de hechos ocurridos en Europa<sup>53</sup>, aunque da la posibilidad a los Estados de ampliar la protección a refugiados de otras partes del mundo [art. 1.b)]. La Conferencia de Plenipotenciarios que adoptó la Convención era consciente de los problemas a que podrían dar lugar ambas limitaciones (temporal y geográfica), por lo que adoptó en su Acta Final una recomendación expresando su confianza en que el valor de la Convención excediera su ámbito contractual de modo que los Estados concedieran

<sup>53</sup> Italia mantuvo tal limitación geográfica hasta el año 1989.

los beneficios que ésta recoge a personas que se encuentren en sus territorios como refugiados de la manera más amplia posible, aunque no estén cubiertas estrictamente por la letra de la Convención<sup>54</sup>.

Quince años más tarde, el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados eliminó la barrera temporal al establecer la aplicación de los beneficios de la Convención a refugiados por causa de acontecimientos posteriores al 1 de enero de 1951, y la geográfica (salvo las declaraciones vigentes hechas por Estados que ya fuesen Partes en la Convención).

El Protocolo consiguió la universalización formal, pero no substantiva de la definición de la Convención: sólo las personas que emigran debido a un miedo de persecución basado en un *status* civil o político entran en el sistema de protección de la Convención. Así, las migraciones en masa desde los países del Tercer Mundo se presumen más como consecuencia de causas económicas que por «persecución» en el sentido en que ésta es entendida en el contexto occidental. Aunque las situaciones de inestabilidad política y económica generales pueden dar lugar a un verdadero temor y a la necesidad de buscar refugio, aquellas personas cuya persecución no está enraizada en un *status* político o civil resultan excluidas del régimen de derechos establecido por la Convención.

El reconocimiento de la condición de refugiado, y la concesión del estatuto, confieren una serie de derechos a los refugiados, que se equiparan en algunos casos a los de los extranjeros en general<sup>55</sup>, y en otros a los de los nacio-

---

<sup>54</sup> WEIS, P.: «The 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees and Some Questions of the Law of Treaties», *British Journal of International Law*, núm. XLII, 1967, pág. 40.

<sup>55</sup> Adquisición de bienes muebles e inmuebles, y contratos relativos a éstos (art. 13), derecho de asociación (art. 15), empleo por cuenta ajena, por cuenta propia, y ejercicio de profesiones liberales, (arts. 17, 18, y 19 respectivamente), vivienda (art. 21), enseñanza pública distinta de la básica (art. 22.2) y libertad de circulación (art. 26).

nales<sup>56</sup>. La piedra angular del sistema de protección a los refugiados se encuentra, sin embargo, en los artículos relativos a la expulsión y devolución de refugiados, así como a la no imposición de sanciones penales por causa de su entrada o presencia ilegales (siempre que el refugiado haya llegado directamente del territorio donde su vida o libertad estuviera amenazada, y que se presente sin demora a las autoridades alegando causa justificada de su entrada o presencia ilegales). Así, el artículo 32 establece en su párrafo 1.º que:

1. Los Estados Contratantes no expulsarán a refugiado alguno que se halle legalmente en el territorio de tales Estados, a no ser por razones de seguridad nacional o de orden público.

Esta norma determina, por lo tanto, la inexpulsabilidad de aquellas personas a las que el Estado de asilo ha reconocido como refugiados y les ha concedido el estatuto de refugiado, con limitaciones muy concretas, cuales son la seguridad nacional o el orden público. En los casos en los que se haga necesaria la expulsión por las razones anteriores, ésta deberá realizarse respetando las garantías procesales que establece el párrafo 2.º:

2. La expulsión del refugiado únicamente se efectuará en tal caso, en virtud de una decisión tomada conforme a los procedimientos legales vigentes. A no ser que se opongan a ello razones imperiosas de seguridad nacional, se deberá permitir al refugiado presentar pruebas exculpatorias, formular recurso de apelación y hacerse representar a este efecto ante la autoridad competente o ante una o varias personas especialmente designadas por la autoridad competente.

Además, debido a la prohibición de enviar a un refugiado a lugares donde su vida o libertad peligren, el Estado

---

<sup>56</sup> Derechos de propiedad intelectual e industrial (art. 14), acceso a los tribunales (art. 16), enseñanza pública elemental (art. 22.1), asistencia y socorro públicos (art. 23), legislación del trabajo y seguros sociales (art. 24).

deberá conceder al refugiado un plazo razonable para gestionar su admisión legal en otro país (art. 32, párr. 3.º).

Una obligación más amplia con respecto a la expulsión es la impuesta por el principio de *non-refoulement*, que aparece recogido en el artículo 31 de la siguiente manera:

1. Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas.

Esta es una norma de carácter absolutamente imperativo sobre la cual no están permitidas las reservas (art. 42, párr. 1.º). El principio de *non-refoulement* se considera hoy parte del Derecho internacional general<sup>57</sup>. Los artículos 32 y 33 reflejaron en el momento de su formulación, una norma de Derecho internacional consuetudinario, que reúne los exigentes requisitos de la *opinio iuris*, así como el carácter fundamental de ser creadora de obligaciones<sup>58</sup>.

Los problemas relativos a este artículo se dan en la interpretación del alcance de la norma: ¿se aplica sólo a los refugiados que se encuentran *dentro* del territorio del Estado?, ¿a los que han llegado a la frontera?, ¿puede un Estado actuar *fuera* de su territorio para proceder a la devolución de refugiados?, ¿existe una obligación para los Estados de admitir a cualquier refugiado en su territorio?. De los trabajos preparatorios de la Convención parece desprenderse que el principio de *non-refoulement* sea aplicable sólo a los refugiados que ya han logrado acceder, legal

---

<sup>57</sup> GOODWIN-GILL, G. S.: *The refugee...*, *op. cit.*, pág. 167. GORTÁZAR RO-TAECHÉ, C.: «La protección jurídico-internacional de los refugiados», en ADROHER BIOSCA, S. (coord.), *La inmigración. Derecho español e internacional*, Barcelona, Bosch, 1995, pág. 561. MUNTARBHORN, V.: *The Status of Refugees in Asia*, Oxford, Clarendon Press, 1992, pág. 40.

<sup>58</sup> GOODWIN-GILL, G. S.: *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pág. 141.

o ilegalmente, al territorio del Estado<sup>59</sup>. Así lo entiende Goodwin-Gill en el año 1978, aunque diez años más tarde escribe que ninguna persona en peligro debería «ser devuelta a ningún país ni rechazada en la frontera si el efecto de tal medida fuere su exposición a una amenaza para su vida o libertad por razones de raza, religión, origen nacional o étnico, grupo social u opinión política, o resultara de cualquier otra forma inhumana»<sup>60</sup>. También Weis expresa en 1966 su posición a favor de la extensión del principio de no rechazo en frontera, ya que de otro modo, la protección dependería de la circunstancia fortuita de que el refugiado hubiera entrado en el territorio del Estado<sup>61</sup>. La práctica de los Estados, sobre todo en Africa y Asia, ha sido la de permitir la entrada de refugiados, incluso en situaciones de flujos masivos, y en los casos en que no ha sido así, se han producido protestas por parte de los demás Estados de la comunidad internacional y del ACNUR. Un caso similar es el de los haitianos que intentaban llegar a las costas de los EE.UU. para solicitar asilo. Cuando se llevó ante los tribunales de EE.UU. la práctica de la guarda costera de dicho país de salir a aguas internacionales para evitar la llegada de haitianos a la frontera norteamericana, obligándoles de este modo a volver a Haití<sup>62</sup>, el tribunal concluyó que tal práctica no era contraria a derecho porque, entre otros argumentos, pese a admitir que algunos de los haitianos devueltos podrían ser efectivamente refugiados en el sentido de la Convención de Ginebra, su artículo 33 no fue conce-

---

<sup>59</sup> WEIS, P. (ed.): *The Refugee Convention, 1951*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, págs. 325-344. Sobre el principio de non-refoulement y su estatus en Derecho internacional, véase GORTÁZAR ROTAECHÉ, C.: *Derecho de asilo y...*, *op. cit.*, Cap. V.

<sup>60</sup> GOODWIN-GILL, G. S.: «Non-Refoulement and the New Aylum-Seekers», en MARTÍN, D. (ed.), *The New Aylum-Seekers: Refugee Law in the 1980s*, 1988, pág. 115.

<sup>61</sup> WEIS, P.: «Territorial Asylum», *Indian Journal of International Law*, vol. 6, 1966, pág. 183, citado en GOODWIN-GILL, *The Refugee...*, *op. cit.*, pág. 75.

<sup>62</sup> *Sale v. Haitian Centers Council, Inc.*, 113 S.Ct. 2549 (1993).

bido para tener efectos extraterritoriales, por lo que no puede exigirse su aplicación en alta mar<sup>63</sup>.

En algunos documentos jurídicos relevantes sí se recoge la prohibición de rechazo en la frontera, como en el artículo 3 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre el Asilo Territorial de 1967<sup>64</sup>, que establece que nadie que tenga derecho a buscar asilo según el artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre podrá ser objeto de «medidas tales como la negativa de admisión en la frontera». Recientemente, el ACNUR ha afirmado en la Nota sobre Protección Internacional del ACNUR de 1993, presentada al Comité Ejecutivo en su cuadragésimocuarta sesión, que entender que el principio de *non-refoulement* no es obligatorio para los Estados fuera de su territorio resulta inconsistente con el propósito de la Convención de Ginebra y el mandato del ACNUR<sup>65</sup>.

El principio de *non-refoulement* se trata en definitiva de un principio de derecho material que establece una obligación de resultado, pero cuya observancia necesita de un conjunto más detallado de derechos establecidos a través de reglas que concreten la generalidad del principio<sup>66</sup>.

---

<sup>63</sup> El juez Blackmun, en su opinión disidente, expresó su enérgico rechazo a la decisión de la mayoría por considerar que la expresión *prohibición de devolución en modo alguno* debe interpretarse en sentido ordinario, como establece el Derecho de los tratados, y debe por lo tanto incluir también la prohibición del rechazo en alta mar, ya que de otro modo resultaría contraria a los propósitos de la Convención, al permitir enviar a los refugiados de vuelta a manos de sus perseguidores.

<sup>64</sup> Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1967, en su resolución 2312 (XXII).

<sup>65</sup> Documento A/AC.96/815, de 31 de agosto de 1993, citado en DRÜKE, L.: «Asylum-Seekers and Refugees in the Turmoil After the Opening (or Closing) of the Frontiers and After the Entry into Force of the Treaty on European Union», en PAULY, A. (dir.), *Schengen en panne*, Maasticht, Institut Européen d'Administration Publique, 1994, pág. 157.

<sup>66</sup> GALINSOGA JORDÁ, A.: «El estatuto de los refugiados en el derecho internacional contemporáneo», en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. (coord.), *Refugiados: Derecho y Solidaridad*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1994, pág. 54.

En conclusión, es posible afirmar que la Convención de 1951 no responde desde hace tiempo a la situación de hecho que pretende regular. La imposibilidad de determinar individualmente la condición de refugiado de los solicitantes de asilo resulta patente en todos los países. Además, el aumento de los conflictos en los últimos años ha provocado éxodos masivos de personas que no están en principio protegidos por la Convención, pero que no por ello dejan de necesitar una solución jurídica a su situación<sup>67</sup>. Algunos Estados han introducido modificaciones en sus legislaciones para adaptar la definición convencional de refugiado a las nuevas situaciones. Este es el caso de Canadá, que recientemente modificó su legislación para introducir la persecución por género como causa de producción de refugiadas<sup>68</sup>.

La opinión de la doctrina varía en cuanto al ámbito de protección del refugiado en Derecho internacional. Goodwin-Gill sostiene la existencia de una nueva clase de refugiados reconocida por el Derecho internacional consuetudinario, más allá del ámbito contractual de la Convención, a la que se le reconoce el principio de *non-refoulement*, en-

---

<sup>67</sup> Estos son los refugiados *de facto*, es decir, personas forzosamente desplazadas necesitadas de protección, pero que por diversos motivos no la han recibido dentro del marco de la Convención de Ginebra. Sobre el estatus de los refugiados *de facto* en Derecho internacional, tanto a nivel universal como regional, véase Gortázar Rotaache, C.: «Los refugiados de facto», *Migraciones*, núm. 0, 1996. págs. 95-106.

<sup>68</sup> Aunque la definición de la Convención pretende ser en principio universal, aplicable a hombres y mujeres, lo cierto es que en muchos de los países donde se producen violaciones habituales de los derechos humanos, el papel social de la mujer le excluye en muchos casos de algunas de las categorías protegidas, como el grupo social o las opiniones políticas. Algunas mujeres son perseguidas por su relación de parentesco con hombres que sí son perseguidos por sus opiniones políticas o por su pertenencia a un grupo social, como forma de presión contra éstos. La persecución contra las mujeres adopta entonces formas específicas, como los abusos sexuales, difíciles de encuadrar en la definición de refugiado. Véase CASTEL, J. R.: «Rape, Sexual Assault and the Meaning of Persecution», *International Journal of Refugee Law*, vol. 4, núm. 1, 1992, págs. 39-56.

tendido al menos como protección temporal aplicable a quienes huyen de situaciones de desorden civil, conflicto doméstico, o violaciones de derechos humanos<sup>69</sup>. Por el contrario, Hailbronner opina que no existe ni práctica uniforme de los Estados, ni *opinio iuris* suficiente para determinar la existencia de derechos internacionales predicables de refugiados no convencionales<sup>70</sup>. Hathaway adopta una posición intermedia, al establecer que existe una categoría intermedia de refugiados para el Derecho internacional, los cuales ostentan el derecho a ser admitidos temporalmente *en base a la necesidad de protección*. El Derecho internacional consuetudinario prohibiría la expulsión o el rechazo de personas procedentes de países donde se dan graves perturbaciones de orden público, sin antes considerar adecuadamente sus necesidades humanitarias<sup>71</sup>.

Lo cierto es que la formulación actual de la Convención de Ginebra depende de argumentaciones jurídicas extensivas y de buenas voluntades políticas para dar una respuesta satisfactoria a la actual situación de los refugiados en el mundo. En un intento de avanzar en la protección internacional del refugiado, en Africa y Latinoamérica se han producido instrumentos jurídicos relativos a refugiados que, partiendo de la Convención de Ginebra, la adaptan a las nuevas realidades.

### c) *Ambito regional africano*

La Convención de 1969 de la OUA por la que se regulan los aspectos específicos de problemas de los Refugiados en Africa fue el primer acuerdo regional en materia.

<sup>69</sup> GOODWIN-GILL, G. S.: *Non-Refoulement...*, *op. cit.*, pág. 108.

<sup>70</sup> HAILBRONNER, K.: «*Non-Refoulement and "Humanitarian" Refugees: Customary International Law or Wishful Legal Thinking?*», in MARTÍN D. (ed.), *The New Asylum-Seekers...*, págs. 123-158.

<sup>71</sup> HATHAWAY, J.: *The Law of Refugee Status*, Toronto, Butterworths, 1991, pág. 26.

Desde la Convención de 1951, el estatuto de refugiado ha evolucionado para responder a los cambios políticos y sociales: la preocupación inicial por el refugiado *de iure* ha evolucionado hasta convertirse también en una preocupación por el refugiado *de facto*.

La definición de refugiado de la OUA, recogida en el artículo 1 de la Convención se basa en la de la Convención de Ginebra de 1951 y en el Protocolo de 1967, aunque ha sido extendida de manera realista para cubrir a aquellas personas afectadas por cualquier desastre causado por el hombre, es decir todas aquellas personas obligadas a abandonar su país de origen debido a agresiones exteriores, ocupación o dominación extranjeras, o acontecimientos que perturben gravemente el orden público.

La definición recogida en su artículo 1 representa una adaptación conceptual importante de la definición de la Convención del 51, ya que traslada el fondo del significado del estatuto de refugiado a la realidad del mundo en desarrollo:

1. A los efectos de la presente Convención, el término «refugiado» se aplicará a toda persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a dicho país.

2. El término «refugiado» se aplicará también a toda persona que, a causa de una agresión exterior, una ocupación o una dominación extranjera, o de acontecimientos que perturben gravemente el orden público en una parte o en la totalidad de su país de origen, o del país de su nacionalidad, está obligada a abandonar su residencia habitual para buscar refugio en otro lugar fuera de su país de origen o del país de su nacionalidad.

La definición anterior reconoce que el abuso en un Estado puede proceder no sólo de los actos de tal Estado sino de factores externos, y lo que es más importante, reconoce la legitimación para huir en circunstancias de peligro generalizadas acabando con la exigencia de persecución individualizada. La Convención del 69 deja abierta la posibilidad de que la base del daño sea indeterminada: la persona no tiene que demostrar la relación entre su *status* personal y el daño que le obliga a huir. Además, el peligro puede darse en la totalidad del país o sólo en una parte, flexibilizando así la exigencia de buscar refugio primero en las zonas del país en las que no existe conflicto antes de emprender la huida internacional, ya que en muchos casos, las infraestructuras o el entorno natural convierten casi en imposible la huida hacia otras zonas del territorio nacional, mientras que dejan abiertas las vías de escape a otros países (por proximidad geográfica, por mar, etc.).

La relevancia de la definición de la OUA para el llamado Tercer Mundo ha hecho de ella un instrumento de gran influencia: ha contribuido a ampliar la actividad del ACNUR en Africa, ha inspirado gran número de acuerdos regionales y nacionales sobre protección a refugiados, y ha sido propuesta como criterio general aplicable a las situaciones de migraciones de masas.

#### d) *Ambito regional latinoamericano*

Es en Latinoamérica donde la práctica del asilo diplomático ha tenido una mayor aplicación y formulación<sup>72</sup>, y donde se ha desarrollado el concepto de crimen político como límite a las extradiciones. A los numerosos tratados existentes sobre extradiciones, asilo político, asilo territorial, y asilo diplomático, se unen las disposiciones recogidas

---

<sup>72</sup> Véase el *Colombian-Peruvian Asylum Case, Judgement of November 20th, 1950*, ICJ Reports 1950, págs. 266-289.

das en los documentos relativos a la protección de derechos humanos, como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969<sup>73</sup>.

La primera, establece en su artículo 27 el derecho de toda persona a buscar y también a recibir asilo en territorio extranjero:

Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero, en caso de persecución que no sea motivada por delitos de derecho común y de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales.

Esta disposición aparece recogida nuevamente de manera similar en el artículo 22.7. de Convención:

Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado o los convenios internacionales.

La inclusión del derecho a *recibir* asilo supone un avance fundamental con respecto a la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y sobre todo con respecto al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, que ni siquiera recoge el derecho limitado a buscar asilo. Posteriormente, la Declaración de Cartagena de 1984, amplía el concepto de refugiado establecido por la Convención de Ginebra y su Protocolo, flexibilizándolo pa-

---

<sup>73</sup> Otros documentos relevantes son: el Tratado sobre Derecho Penal Internacional de 23 de enero de 1889 de Montevideo, la Convención sobre Asilo de 20 de febrero de 1928 de La Habana, la Convención sobre Asilo Político de 26 de diciembre de 1933 de Montevideo, el Tratado sobre Asilo y Refugio Políticos de 4 de agosto de 1939 de Montevideo, el Tratado de Derecho Penal Internacional de 19 de marzo de 1940 de Montevideo, la Convención sobre Asilo Territorial de 28 de marzo de 1954 de Caracas, la Convención sobre Asilo Diplomático de 28 de marzo de 1954 de Caracas, y la Convención Interamericana sobre extradición de 25 de febrero de 1981.

ra adaptarlo a la realidad latinoamericana, ya que incluye la guerra o la inestabilidad social como causas válidas de producción de refugiados. Pese a la falta de obligatoriedad jurídica del instrumento en sí mismo, la inclusión de sus principios en las Constituciones de la mayoría de los países de América Latina la han convertido en un instrumento de valor indudable.

e) *Ambito regional europeo*

En el ámbito regional europeo no existe una convención que recoja la especificidad de los problemas relativos a los refugiados, aunque se puede lograr un cierto grado de protección a través de la Convención Europea sobre Derechos Humanos, como veremos más adelante.

A pesar de la inexistencia de un acuerdo internacional jurídicamente vinculante sobre las especificidades de esta cuestión en el ámbito europeo, el Consejo de Europa ha venido desarrollando desde sus inicios una intensa labor en favor de los refugiados, que ha cristalizado en distintos documentos, como el Acuerdo europeo sobre la abolición de visados para refugiados de 1959, la Recomendación 773 sobre los refugiados *de facto* de 1976, la Recomendación 817 sobre el derecho de asilo de 1977, la Declaración sobre Asilo Territorial de 1977, la Recomendación 81 de 1982 sobre la armonización de procedimientos nacionales relativos al asilo, la Recomendación 84 de 1984 sobre la protección de personas que cumplen los requisitos establecidos por la Convención de Ginebra que no son formalmente reconocidos como refugiados, la Recomendación 1088 sobre el derecho al asilo territorial de 1988, o la Recomendación 1237 sobre la situación de los solicitantes de asilo cuyas solicitudes han sido rechazadas de 1994, entre otros. Todos estos documentos aportan un cuerpo jurídico que es importante considerar a la hora de determinar la concepción del asilo y de los derechos que implica en el ámbito regional europeo. Sin embargo, ante la falta de un derecho

explícitamente reconocido a recibir asilo<sup>74</sup>, la mayor protección a nivel internacional europeo viene dada por la Convención Europea de Derechos del Hombre, en la medida en que los derechos afectados sean protegibles implícitamente a través de otros derechos reconocidos en la Convención, como veremos más adelante.

#### **4. RELEVANCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL AMBITO DEL DERECHO INTERNACIONAL DE ASILO<sup>75</sup>**

A pesar de las limitaciones que actualmente presenta el régimen internacional de asilo para resolver situaciones muy distintas de las existentes cuando fue establecido, existen otras normas de Derecho internacional aplicables a los refugiados, que pueden aportar tanto parámetros generales de tratamiento como soluciones al caso concreto. Los derechos humanos con rango de Derecho internacional consuetudinario actúan generalmente como parámetros de carácter imperativo que pueden ser aplicados como protección contra el desplazamiento en maneras diversas, como por ejemplo, para determinar su legalidad<sup>76</sup>. La ca-

<sup>74</sup> El único país de la Unión Europea que así lo concebía por vía constitucional, Alemania, ha modificado su normativa jurídica al respecto para establecer limitaciones, como la procedencia de un país seguro, o la falta de fundamento manifiesta de la solicitud. Véase REERMAN, O. (Ministro Federal de Interior de la R.F.A.): «Recent Developments in the German Law on Asylum and Aliens» (Doc. A 3-125415/10 de 18 de agosto de 1993), *International Journal of Refugee Law*, vol. 6, núm. 2, 1994, págs. 53-62.

<sup>75</sup> Para un análisis de la concepción del derecho de asilo como protección de derechos humanos, véase HATHAWAY, J.: «Reconceiving Refugee Law as Human Rights Protection», *Journal of Refugee Studies*, vol. 4, núm. 2, 1991, págs. 113-131.

<sup>76</sup> BEYANI, C.: «State Responsibility for the Prevention and Resolution of Forced Population Displacements in International Law», *International Journal of Refugee Law*, Número especial-verano, 1995, pág. 135.

pacidad de intervención del Derecho internacional en las situaciones que afectan a refugiados no está limitada al régimen internacional específico sobre asilo, sino que allá donde la protección ofrecida por el Estado (garante más eficaz de los derechos de los individuos) no ha resultado suficiente es necesario poner en marcha todos los demás mecanismos que por vía indirecta ofrecen protección al individuo. Veamos algunos de estos instrumentos<sup>77</sup>.

### **A) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966**

El PIDCP no recoge en su articulado el derecho al asilo, ni tampoco el derecho a buscar asilo. Sin embargo, el Pacto sí recoge ciertos derechos relacionados con la migración, como la libertad de circulación dentro del territorio de un Estado parte (art. 12.1), o las garantías procesales relativas a la expulsión de extranjeros legalmente residentes (art. 13). Además, si las medidas tomadas con respecto a un refugiado suponen la vulneración de los derechos recogidos en el Pacto, es posible lograr la protección indirecta del individuo por esta vía. Los artículos que más fre-

---

<sup>77</sup> Los instrumentos en cuyo análisis nos detendremos resultan de particular interés porque cuentan con órganos de control de su cumplimiento que además de examinar los informes presentados por los Estados, pueden examinar también las comunicaciones presentadas por los individuos que aleguen haber sufrido la violación de una o más de las disposiciones contenidas en ellos. Sin embargo, no son los únicos relevantes desde el punto de vista de las obligaciones jurídicas que imponen a los Estados. Otros instrumentos internacionales de protección de derechos humanos de aplicación en el campo del asilo son la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1966, y el Derecho Humanitario (especialmente la IV Convención de Ginebra de 1949 sobre la protección de civiles y el Protocolo II de 1977). Sobre la consideración del derecho humanitario como derecho internacional consuetudinario, véase MERON, T.: *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1989, págs. 3-78.

cuentemente se ven afectados en el caso de refugiados son el 7, prohibición de la tortura y de las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes<sup>78</sup>, y el 17, 23 y 24 en relación a la protección de la vida familiar. Por otra parte, el Comité de Derechos Humanos ha afirmado en su Comentario General número 15, sobre Extranjeros, que si bien la Convención no reconoce el derecho de los extranjeros a entrar o residir en el territorio de un Estado Parte, en ciertas circunstancias, un extranjero puede disfrutar de la protección de la Convención incluso en cuestiones relativas a entrada y residencia, por ejemplo, cuando surgen consideraciones de no discriminación, prohibición de tratos inhumanos y respeto a la vida familiar.

El Protocolo Facultativo al PIDCP de 1966 establece que los Estados podrán determinar la competencia del Comité de Derechos Humanos para examinar comunicaciones presentadas ante éste por individuos que aleguen ser víctimas de violaciones de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto<sup>79</sup>. Es importante tener en cuenta las cuestiones procesales, ya que la mayoría de las solicitudes presentadas son inadmitidas precisamente por incumplimiento de la normativa al respecto<sup>80</sup>. El CDH podrá exa-

---

<sup>78</sup> Se reconoce generalmente que esta disposición incluye la prohibición de enviar a una persona a un país donde sea probable que sea sometido a tal tratamiento, es decir, el principio de *non-refoulement*. Es más, en su segundo Comentario General sobre el artículo 7, el Comité afirmó que los Estados Parte no deben exponer a los individuos al peligro de sufrir torturas o tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes al ser enviados a otro país, tanto por extradición, como por expulsión o devolución. Véase MOLE, N.: «Immigration and Freedom of Movement», en HARRIS, D. y JOSEPH, S. (eds.), *The International Covenant on Civil and Political Rights and the United Kingdom Law*, Oxford, Clarendon Press, 1995, págs. 297-331.

<sup>79</sup> Para un análisis del significado e importancia de la concesión de *locus standi* a los individuos ante el CDH, véase MCGOLDRICK, D.: *The Human Rights Committee*, Oxford, Clarendon Press, 1991, págs. 121-124.

<sup>80</sup> Los párrafos 1.º y 2.º del artículo 5 determinan la inadmisibilidad de la reclamación *pendente lite*, ante órganos de la jurisdicción interna y ante órganos internacionales cuyo procedimiento haya sido establecido por una organización intergubernamental. Es necesario que

minar la comunicación si el caso no está bajo consideración activa por otro órgano internacional, mientras que si la cuestión ha sido ya objeto de consideración por otro órgano, el CDH podrá volver a examinar la cuestión<sup>81</sup>.

El Comité, que ha examinado varios casos de extradiciones y expulsiones, algunos de los cuales se refieren a solicitantes de asilo, ha mostrado con su actuación que la detención, el confinamiento y la desaparición en base a opiniones políticas constituyen persecución. El Comité no siempre se ha referido a la Convención de Ginebra para delimitar la definición de persecución, lo que pone de manifiesto que el concepto de persecución tiene un ámbito mayor y que está asociado a la conculcación de ciertos derechos humanos<sup>82</sup>.

## **B) Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de Nueva York de 1984**

La Convención contra la tortura nació con la finalidad de reforzar la prohibición ya existente en Derecho internacional de practicar la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. La Convención parte de la

---

coincidan la materia examinada y el individuo, y que el proceso se refiera al examen de peticiones presentadas por individuos. A tales efectos, los procedimientos ante la Comisión Inter-Americana de Derechos Humanos, la Comisión Europea de Derechos Humanos, el Comité contra la Tortura y el Comité contra la Discriminación Racial, sí constituyen otro procedimiento a efectos del artículo 5, mientras que ante Amnistía Internacional o el CICR no. Véase ZWART, T. *The Admissibility of Human Rights Petitions*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1994, pág. 174.

<sup>81</sup> Algunos Estados europeos han hecho reservas, entre ellos España, añadiendo al principio de *pendente lite* el de *non bis in eadem*.

<sup>82</sup> BEYANI, C.: «Introduction», en WEIS, P. (ed.): *The Refugee Convention, 1951...*, *op. cit.*, pág. XVIII.

base de que tales prácticas son contrarias al Derecho internacional<sup>83</sup>.

La Convención resulta relevante en la materia que nos ocupa dado que recoge el principio de *non-refoulement* en su artículo 3:

1. Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura.
2. A los efectos de determinar si existen esas razones, las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, inclusive, cuando proceda, la existencia en el Estado de que se trate de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos.

La inclusión específica del principio de *non-refoulement*, en un instrumento de derechos humanos independiente de la protección de refugiados no sólo muestra la conexión entre la persecución y los estándares de derechos humanos, sino que además establece que la prueba de riesgos serios de tortura y tratos inhumanos o degradantes puede constituir evidencia de un temor bien fundado de persecución en el sentido de la Convención de Ginebra<sup>84</sup>.

El Comité contra la Tortura comenzó su actividad el 1 de enero de 1988 como órgano de control del cumplimiento y desarrollo de la Convención. Según el artículo 22.1 de la Convención, los Estados podrán declarar que reconocen la competencia del Comité para recibir y examinar las comunicaciones enviadas por individuos que aleguen ser víctimas de una violación por un Estado parte de las disposiciones de la Convención (el 21.1 se refiere a las comunicaciones presentadas por los Estados)<sup>85</sup>. El Comité no

---

<sup>83</sup> BURGERS, H., y DANIELUS, H.: *The United Nations Convention against Torture*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1988, pág. 1.

<sup>84</sup> BEYANI, C.: «Introduction», *op. cit.*, pág. XVIII.

<sup>85</sup> La mayoría de los países europeos han hecho declaraciones en este sentido, entre ellos España.

admitirá ninguna comunicación que haya sido, o esté siendo, examinada por otro procedimiento internacional y que no haya agotado los recursos de la jurisdicción interna (art. 22.5).

El Comité ha tenido oportunidad de examinar varios casos de expulsiones de solicitantes de asilo. El caso *Balabou Mutombo v. Suiza*, Comunicación número 13/1993, es el primero en el que el Comité ha considerado favorablemente el caso de un solicitante de asilo cuya solicitud había sido rechazada. El Comité concluyó que, dada la pauta seria, flagrante y masiva de violaciones de derechos humanos en Zaire, así como el hecho de que dicho país no es parte de la Convención contra la tortura, el envío a Zaire del señor Mutombo constituiría una violación del artículo 3 de la Convención. Como resultado de esta decisión Suiza le concedió la admisión temporal en su territorio<sup>86</sup>.

### C) Convención Europea de Derechos del Hombre

En el ámbito regional, la Convención Europea sobre Derechos Humanos no incluye explícitamente el derecho de asilo. Sin embargo su Protocolo IV recoge el derecho a la libre circulación de los extranjeros legalmente residentes por el territorio del Estado (art. 2), y la prohibición de expulsiones colectivas (art. 4); y su Protocolo VII recoge las garantías procesales que deben regir un procedimiento de expulsión.

A pesar de que el Convenio no recoja expresamente las materias relativas a expulsiones y extradiciones, los órga-

---

<sup>86</sup> Desde entonces el Comité ha considerado otros casos, como el de *Tahir Hussain Kahn v. Canadá*, Comunicación núm. 15/1994 de 18 de Noviembre, con resultado favorable para el comunicante, o las Comunicaciones núm. 17/1994 de 22 de agosto y la núm. 18/1994 de 16 de septiembre de dos ciudadanos de Zaire, consideradas ambas inadmisibles. Véase GORLICK, B.: «Refugee Protection and the Committee Against Torture», *International Journal of Refugee Law*, vol. 7, núm. 3, 1995, págs. 504-506.

nos de Estrasburgo han desarrollado una amplia jurisprudencia en los casos en que las cuestiones relativas a extranjeros y refugiados afectan a otros derechos que sí están protegidos por la Convención, fundamentalmente los artículos 3 (prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos, crueles y degradantes), 8 (derecho al respeto a la vida familiar), y 14 (prohibición de la discriminación). Los órganos de Estrasburgo han tenido la oportunidad de examinar numerosos casos y de pronunciarse sobre el estándar aplicable a los refugiados, solicitantes de asilo y extranjeros en general <sup>87</sup>. La Comisión ha señalado frecuentemente que los Estados han aceptado restringir el libre ejercicio de sus poderes en Derecho internacional general, incluido el derecho de controlar la entrada y la salida de extranjeros, en la medida y límite de las obligaciones que han aceptado a través del Convenio <sup>88</sup>.

<sup>87</sup> Algunas de las decisiones más importantes relativas a expulsiones y extradiciones de refugiados y extranjeros en general son: *Abdulaziz, Cabales y Balkandali v. Reino Unido* (sentencia de 28 de mayo de 1985), *Soering v. Reino Unido* (sentencia de 7 de julio de 1989), *Djeroud v. Francia* (sentencia de 23 de enero de 1991), *Moustaquim v. Bélgica* (sentencia de 18 de febrero de 1991), *Cruz Varas v. Suecia* (sentencia de 20 de marzo de 1991), *Berrehab v. Países Bajos* (sentencia de 21 de junio de 1991), *Vilvarajah et. al. v. Reino Unido* (sentencia de 30 de octubre de 1991), *Beljoudi v. Francia* (sentencia 26 de marzo de 1992); y más recientemente *Nasri v. Francia* (sentencia de 13 de julio de 1995), y *Gül v. Suiza* (sentencia de 19 de febrero de 1996). Además la Comisión se ha pronunciado ya en el caso *Chahal v. Reino Unido* (demanda núm. 22414/93, decisión de 27 de junio de 1995), y en el de *Amuur v. Francia* (demanda núm. 19/77692, decisión de 10 de enero de 1995). Para un análisis de la jurisprudencia de Estrasburgo, véase ORAA ORAA, J.: «Extradiciones y expulsiones de extranjeros y el Convenio Europeo de Derechos Humanos», en *La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1993, págs. 49-72.

<sup>88</sup> Por ejemplo, en la Demanda núm. 6315/73, *X v. República General de Alemania*, o en la Demanda núm. 434/58. PLENDER, R.: *Problems raised by certain aspects of the present situation of refugees from the standpoint of the European Convention on Human Rights*, Estrasburgo, Consejo de Europa, 1984, pág. 17.

Como en el caso del Comité de Derechos Humanos, es importante prestar atención a las cuestiones procesales, que son aplicadas muy estrictamente por los órganos de Estrasburgo (la Comisión y el Tribunal). Estos sólo pueden examinar una petición si no está siendo examinada o no lo ha sido antes por otro órgano (art. 27.1) y mientras no hayan pasado más de seis meses desde la fecha de la decisión interna definitiva. La CEDH recoge así los principios de *pendente lite* y el de *non bis in eadem*<sup>89</sup>.

El régimen de garantías establecido por el Convenio permite a Plender concluir que éste es ampliamente invocable por los solicitantes de asilo y que, mientras que algunas de las prácticas de los Estados con respecto a los refugiados son acordes con los instrumentos específicos de protección de refugiados, pueden demostrarse contrarias a las normas imperativas de la CEDH<sup>90</sup>. La imperatividad de las decisiones del Tribunal lo convierten, además, en el instrumento internacional más eficaz para la protección de los refugiados en el ámbito regional europeo.

## 5. CONCLUSIONES

La situación de enorme complejidad originada por la creación del Mercado Unico y el consiguiente cierre de las fronteras exteriores a países terceros, en un momento en que los desequilibrios mundiales por causas políticas y económicas están originando desplazamientos masivos de

---

<sup>89</sup> Para evitar que un caso no sea examinado por ningún órgano internacional, el Secretario de la Comisión suele aconsejar al demandante que retire él mismo su demanda ante los órganos de Estrasburgo cuando es evidente que ésta será inadmitida (por ejemplo, por incumplimiento del plazo de los seis meses), con el objeto de que el individuo pueda presentar su reclamación ante otro órgano internacional, ya que habiendo retirado la demanda él mismo, no puede considerarse que el caso ha sido *examinado* anteriormente.

<sup>90</sup> PLENDER, R.: *Problems raised...*, *op. cit.*, pág. 26.

personas, requiere la articulación de mecanismos y acciones a largo plazo coordinados entre los distintos Estados y en el marco del respeto a los derechos humanos y a los instrumentos internacionales relativos a su protección.

Resulta evidente que el único instrumento internacional de ámbito universal relativo específicamente a los refugiados, la Convención de Ginebra, no resulta suficiente para hacer frente a las nuevas realidades. La Convención del 51, concebida en un momento histórico concreto, enfatiza el hecho de la persecución *individual*. Sin embargo, el aumento posterior de los conflictos armados (sobre todo internos) pone en situación de peligro a poblaciones enteras, que se ven abocadas a huir para salvar su vida, pero que estrictamente en muchos casos no podrían alegar una persecución individual «por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas». El cambio en las circunstancias impone un cambio también en la legislación basado en la solidaridad internacional. Es necesario reforzar nuevos conceptos, como el de la protección temporal, que supone la solución a problemas urgentes evitando largos procedimientos. Cualquier medida de simplificación de procedimientos o de reparto de cargas no puede en ningún caso dejar sin protección a quienes sufren persecución. Sin embargo, el conjunto de medidas adoptadas por los países europeos parece tener como objetivo la impermeabilización total y completa de las fronteras exteriores y la creación de la llamada «fortaleza europea», excluyendo en el proceso no sólo a quienes entran en un concepto amplio de refugiado, sino a también a quienes lo son en el estricto sentido de la Convención de Ginebra, a la cual se aferran los Estados como parámetro de legitimidad de las medidas tomadas.

En este contexto de modificación de las legislaciones internas sobre asilo y de establecimiento de tratados internacionales que afectan a la materia, se hace necesaria la determinación del estatus del derecho de asilo en el Derecho internacional, partiendo de sus raíces y de la evolución

del sistema internacional de protección de refugiados establecido a principios de este siglo.

El asilo tiene sus orígenes en épocas tempranas y aparece de manera constante a lo largo de la Historia, evolucionando y modificándose. La protección que ofrece es diferente según las épocas: desde la protección ofrecida al criminal común se pasa poco a poco a la protección de quien huye por causas políticas. Estando ya bien enraizado en la práctica de los Estados, los primeros autores del *ius gentium* empiezan a tratarlo en sus escritos (afirmando el derecho a la libre circulación de las personas, o incluso la obligatoriedad de conceder el asilo), pero sólo a principios de este siglo se establece un régimen internacional de protección de refugiados. Este régimen ha ido evolucionando desde la protección de categorías nacionales hasta la elaboración de un concepto universal de refugiado, necesitado ahora de una nueva transformación. Este nuevo paso en el régimen internacional de asilo debe darse en la misma línea que los anteriores; es decir, hacia la ampliación de la protección, y no en sentido contrario.

A pesar de la obsolescencia de la Convención de Ginebra, la aportación de los instrumentos internacionales a nivel regional apunta hacia la ampliación del concepto de refugiado. Así, la Convención de la O.U.A. de 1969 relativa al problema de los refugiados en Africa, extiende la definición de la Convención de Ginebra para cubrir a aquellas personas afectadas por cualquier desastre causado por el hombre. Asimismo, la Declaración de Cartagena de 1984 amplía la definición de la Convención de Ginebra a las personas que huyen de sus países por causa de la violencia generalizada. Estos dos instrumentos, a los que los Estados europeos cuidan en no referirse por la mayor amplitud del concepto, resultan mucho más realistas a la hora de definir quiénes son las personas necesitadas de protección internacional. Los Estados de Europa deberían tenerlos en cuenta a la hora de elaborar sus políticas de asilo.

Mientras tanto, el Derecho internacional de los derechos humanos, debido a su mayor ámbito de aplicación,

ofrece soluciones que permiten la búsqueda de protección en casos que de otro modo quedarían excluidos del ámbito estricto del derecho internacional de asilo. El Derecho internacional impone obligaciones, directas y/o indirectas, de no expulsión, ni devolución a países donde la vida, o la integridad de un individuo estén amenazadas, lo que en algunos casos lleva implícita la obligación de admisión en el territorio del Estado. Es esta una vía cuya importancia conviene tener en cuenta a la hora de establecer cuál es el estatus del derecho de asilo en Derecho internacional, de modo que el desarrollo legislativo que se está dando en Europa, tanto a nivel interno como internacional, no resulte contrario a las obligaciones de Derecho internacional que han sido previamente adquiridas por los Estados.