



UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

TRABAJO DE FIN DE GRADO

LOS DERECHOS HUMANOS NO TIENEN FRONTERAS

DESI SLAVA STRAHILOVA DIMITROVA

TUTOR: MARÍA TERESA TOMÁS GIRÓN

GRADO EN DERECHO

2021

ANEXO 9

DECLARACIÓN JURADA SOBRE LA ORIGINALIDAD DEL TRABAJO

De conformidad con lo dispuesto en el art.10.3 del Reglamento del TFG de la Facultad de Derecho de la UMA, D/D^a Desislava Strahilova Dimitrova con DNI [REDACTED], alumna del Grado en Derecho,

DECLARO: que el presente trabajo, que lleva por título “Los Derechos Humanos no tienen fronteras” es una obra original de mi autoría, habiendo utilizado en su realización las fuentes legales, jurisprudenciales y doctrinales que se encuentran debidamente citadas en el mismo.

Lo que declaro a los efectos de responsabilidad por plagio oportunos.

Fdo:



Málaga, a 1 de junio de 2021

Defendido en la Universidad de Málaga el 4 de junio de 2021

LOS DERECHOS
HUMANOS NO TIENEN
FRONTERAS

DESI SLAVA STRAHILOVA DIMITROVA

TUTOR: MARÍA TERESA TOMÁS GIRÓN

GRADO EN DERECHO

2021

LOS DERECHOS HUMANOS NO TIENEN FRONTERAS

HUMAN RIGHTS HAVE NO BOUNDARIES

Resumen:

El presente trabajo constituye en un análisis jurisprudencial de los derechos del Convenio Europeo de Derechos Humanos a través del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y aborda el concepto de refugiado en la Unión Europea y el principio de no devolución, unidad familiar y prohibición de torturas.

Abstract:

The following document constitutes a jurisprudential analysis of the European Convention of Human Rights through the European Court of Human Rights and addresses the concept of refugee in the European Union and the principle of non-refoulement, family unit and the prohibition of torture.

Palabras claves:

Derechos humanos, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Convenio Europeo de Derechos Humanos, Jurisprudencia, Derecho a la vida, Prohibición de la Tortura, Non-refoulement

Keywords:

Human rights, European Court of Human Rights, European Convention of Human Rights, Jurisprudence, Right to live, Prohibition of torture, Non-refoulement

Índice

GLOSARIO:	5
INTRODUCCIÓN:	1
1. HISTORIA DEL ASILO	2
2. CONCEPTOS.....	3
3. MARCO JURÍDICO	9
4. SISTEMA EUROPEO COMÚN DE ASILO	11
5. CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. ARTÍCULOS.	12
5.1. ARTÍCULO 2: DERECHO A LA VIDA	12
5.2. ARTÍCULO 3: PROHIBICIÓN DE LA TORTURA	13
5.3. ARTÍCULO 8: DERECHO AL RESPETO DE LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR	16
5.4. ARTÍCULO 4 DEL PROTOCOLO N°4: PROHIBICIÓN DE EXPULSIÓN COLECTIVA DE EXTRANJEROS.....	17
5.5. ARTÍCULO 1 DEL PROTOCOLO N°7	19
7. PRINCIPIOS:	20
7.1. PRINCIPIO DE NO DEVOLUCIÓN.....	20
7.2. PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN DE LA EXPULSIÓN	24
7.3. PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN DE SANCIONES POR ENTRADA ILEGAL, PROHIBICIÓN DE LA DETENCIÓN Y OTRAS RESTRICCIONES DE CIRCULACIÓN	25
7.4. PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN.....	25
7.5. PRINCIPIO DE UNIDAD FAMILIAR.....	26
8. CASUÍSTICA:	27
8.1. CASO HIRSI JAMAA Y OTROS CONTRA ITALIA	27
8.2. SOERING CONTRA REINO UNIDO 1989.....	32
8.3. K.A.B. CONTRA ESPAÑA	34
9. CONCLUSIONES	38
10. BIBLIOGRAFÍA	44

GLOSARIO:

ACNUR: Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados

CE: Constitución Española

CEDH: Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales

ComEDH: Comisión Europea de Derechos Humanos

Convención de Ginebra: Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados

DUDH: Declaración Universal de Derechos Humanos

EEMM: Estados Miembros

EEUU: Estados Unidos

FRA: Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

IMS: Immigration Naturalization Service

ONU: Organización de las Naciones Unidas

PIDCP: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

STEDH: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

UE: Unión Europea

INTRODUCCIÓN:

Se define “frontera” como la línea divisoria entre dos Estados, el límite, línea, que separa dos cosas. En Derecho Internacional definimos al término como la línea que marca el límite exterior del territorio de un Estado, aquella que determina el ámbito espacial donde el mismo ejerce su soberanía con exclusión de otros. Así, sabemos que las fronteras que pacten los Estados en los convenios determinan el espacio terrestre, aéreo y marítimo, las *líneas*, en las que los Estado ejercerán su soberanía. Pero ¿cuál es la línea divisoria entre los derechos humanos de las personas? ¿Es la nacionalidad, condición, vivencias y problemas? Replanteamos la pregunta: ¿hay humanos menos humanos que otros ante la ley?

Cierto es que en la Europa contemporánea parece ser más fácil reconocer como tales a 200 personas europeas que tienen sus hogares entre “líneas” europeas que a “*aproximadamente 200 individuos*”¹ extranjeros a bordo de tres pateras cuya procedencia es del otro lado de las “líneas” y cuyo hogar es simplemente inexistente. O no es cierto. Lamentablemente, las tragedias vividas en el mar en busca de las fronteras humanas son abundantes y casos como el referido, Hirsii Jama y otros contra Italia, ocurren a diario, aunque no podamos mencionarlos en el presente trabajo ya que no llegan a los tribunales, a las noticias, y una gran mayoría de destinos olvidados, desgraciadamente, jamás llegan a las orillas de nuestras “líneas” europeas. De ahí el “*aproximadamente*” de antes.

El Derecho Internacional ha evolucionado y sigue evolucionando, y es así cómo el Convenio Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entre otros, son la esperanza de los humanos olvidados, aquellos externos a las fronteras europeas, de conseguir, de alguna manera, el reconocimiento de su humanidad.

A continuación, estudiaremos las distintas características para considerar a una persona como merecedora de la condición de “refugiado” y cómo calificaríamos su situación como una “búsqueda de asilo”. Enumeraremos las normas que pretenden la protección y equiparación entre humanos, presentaremos los principios que rigen la materia y desarrollaremos sus artículos más importantes. Paradójicamente, los más vulnerados. Analizaremos algunos de los destinos olvidados y las consideraciones que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos alumbró sobre ellos. Todo ello, con el objetivo de intentar así responder, mediante este trabajo, a una única incógnita:

¿Dónde están las fronteras?

¹ Así es cómo en el párrafo 9 de la STEDH de 23 de febrero de 2012, Asunto *Hirsii Jamaa y otros c. Italia* demanda no.27765/09 se hace referencia al número de personas que partieron desde Libia con el objetivo de llegar a las costas italianas.

1. HISTORIA DEL ASILO

El significado etimológico de la palabra “asilo” proviene de la palabra *ásylon* que significa “lugar o templo inviolable”, como forma neutra del adjetivo *asylos*, cuyo significado es “no saqueado o violentado”. El latín tomó prestado el término y lo acuñó como *asylum*, siendo este el nombre que adoptaba el sector entre las dos cimas del Monte Capitolio destinado por Rómulo a dar refugio a las personas que venían a Roma de poblados vecinos².

El debate sobre el inicio del derecho de asilo, no obstante, sigue abierto, pues algunos autores considerarán que esta institución tuvo su origen desde la misma historia de la humanidad y otros debatirán sobre el verdadero momento en el que surge como tal. Así, la primera referencia clara al derecho de asilo se encuentra en el Génesis, al atender Abraham a tres peregrinos que llegan a su tienda pidiendo asilo.³ Pero la aparición de Dios y los dos ángeles no podría considerarse más que un acto de hospitalidad, al no indicarse que los peregrinos hubiesen temido persecución ninguna. Así, las referencias en el Antiguo Testamento, incluso la mitología griega y romana, dan a entender que el inicio de este término estaba bastante ligado con la divinidad y la religión. El paso, no obstante, del derecho de asilo religioso y el territorial, fue paulatino, cediendo el primero ante el desarrollo del segundo, que en el Estado moderno comenzó a ser dotado por las características por las que hoy le conocemos, eso sí, sin tener realmente una dotación más que política y no sometida al Derecho.⁴ Es a partir de GROCIO que podemos afirmar un tratamiento jurídico del concepto al explicar en su obra “*De iure belli ac pacis*”, “*Del mismo modo también las tierras y los ríos, y si alguna parte del mar vino a ser de la propiedad de algún pueblo, debe estar al alcance de aquellos que, de paso, tengan necesidad de ellos por causas justas.*”⁵ La primera Ley específica relativa a los refugiados (“*Loi relative aux Etrangers réfugiés qui résideront en France*”) fue adoptada en el año 1832 en Francia, que institucionalizó la adopción de medidas internas aplicables a los refugiados en lugar de la expulsión.⁶

Es en el siglo XX, “el siglo de los desarraigados”⁷, es cuando se da la mayor evolución de la institución del derecho de asilo dentro del Derecho internacional, ello viendo su razón, entre otras, en los numerosos conflictos políticos y militares, lucha por descolonización y millones de personas desplazadas. El auge de las Naciones Unidas y sobre todo, la segunda guerra mundial, que se considera la mayor causa de movimiento de refugiados que se han conocido jamás, considerándose que aproximadamente treinta millones de personas se vieron obligados a huir desde su lugar de residencia habitual conlleva al origen de la Convención de Ginebra.⁸

² GORTÁZAR ROTAECHE, Cristina J. 1997: *Derecho al asilo y “no rechazo” del refugiado*. Madrid: Dykinson-Universidad Pontificia de Comillas, p. 44 “*un templo donde se adoraba a una divinidad anónima que el analista Píson llama Lucoris, anterior al Júpiter nefasto (Veivouis)*”

³ Íbidem p. 38

⁴ No obstante, la Iglesia aún mantiene que posee ese ejercicio al derecho de asilo religioso, referido sobre todo a la inmunidad de las iglesias en materia de asilo.

⁵ GROTIUS, H. 1925: “*Del Derecho de la guerra y de la paz.*” Libro II, capítulo II; XIII: “*De aquellas cosas que competen comúnmente a los hombres.*”. (versión Torrubiano Ripoll, J.). Tomo I. Madrid, pág. 298

⁶ GRAHL-MADSEN, A. 1966 “*The European Tradition of Asylum of Development of Refugee Law.*” Journal of Peace Research. Vol.3, No. 3 (1966), pp. 278-289, Sage Publications, Inc

⁷ Descripción de LÓPEZ GARRIDO, Diego 1991: *El derecho de asilo* Madrid: Trotta

⁸ GORTÁZAR ROTAECHE, Cristina J. *Derecho al asilo...* pág. 59

2. CONCEPTOS

Con carácter previo al estudio del tema, debemos hacer alusión a los conceptos protagonistas del presente trabajo, pues no podríamos seguir sin antes definir qué es el asilo y la condición de refugiado.

Para definir el “asilo” partiremos del concepto que el Instituto de Derecho Internacional da como “*la protección que un Estado da en su territorio, o en cualquier otro lugar bajo la jurisdicción de sus autoridades, a una persona que viene a buscarlo*”⁹.

El origen de la necesidad de dar una terminología exacta a la condición de las personas que cruzan las fronteras de sus países en busca de un refugio duradero tras la Primera Guerra Mundial lo constata KRENZ: “*Se necesitaba entonces un status, un conjunto de derechos para poder mantenerse permanentemente en los países del asilo. Esto no estaba previsto en el derecho nacional e internacional por que hasta esa época los Estados otorgaron el asilo pero nadie se preocupó del bienestar de los Asilado*”¹⁰

“*Buscar y encontrar asilo es un derecho para el hombre y como tal debería ser contemplado*” como indica Thorvald STOLTENBERG, anterior Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados.¹¹

El asilo será entendido como un derecho discrecional del Estado, subordinado a la garantía del interés general y según DÍEZ DE VELASCO lo define, “*la protección dispensada por un Estado a personas que no son nacionales suyas, cuya vida o libertad están en peligro por actos, amenazas o persecuciones de las autoridades de otro Estado, o incluso por personas o multitudes que hayan escapado al control de dichas autoridades*”¹²

Así, emplearemos el término “Refugiado” para referirnos a una persona que huye de un estado a causa de las circunstancias personales que ahí esté sufriendo. Tomaremos así en consideración la situación de huida y no tanto el destino al que se dirige el mismo. Recae así implícitamente la idea de que se trata de una persona que necesita ser asistida y también protegida¹³. Los estados que contrataron el Convenio de 1951 y el Protocolo de 1967 pretendían aplicar el término a cualquier persona considerada como refugiado por cualquier otro instrumento internacional que se hubiera adoptado anteriormente en este ámbito y a cualquier persona que sea calificada como refugiado según lo estipulado en el Estatuto del ACNUR.

El Estatuto de los Refugiados de 1951 define en su primer artículo¹⁴ el término “refugiado”, como toda persona:

⁹ *Annuaire de l'Institut de Droit International* 167 (1950), p. 1. Citado en GOODWIN-GILL, G.S. 2007: “*The Refugee in International Law*”, Great Britain: Oxford Clarendon Press

¹⁰ KRENZ, Frank. 1983: “*La Definición del Refugiado*”, en: *Asilo Político y Situación del Refugiado*. (Seminario Realizado en la Paz Bolivia 19-22 de abril de 1983). La Paz: Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto- ACNUR, p.36.

¹¹ STOLTENBERG, T. 1990: “Nuestro futuro común: la situación de los refugiados refleja la salud política mundial”. *El País* Vol. IV, nº 137/28 de junio de 1990.

¹² DÍEZ DE VELASCO, M. 2009: “*Instituciones de Derecho Internacional Público*”. 17ª Edición. Madrid: Tecnos

¹³ GOODWIN-GILL, G.S. 2007: “*The Refugee in International...*” *op. cit.*... p.3 y 4

¹⁴ La consideración dentro del artículo “acontecimientos ocurridos antes del 1 de enero de 1951” dio lugar al rechazo de muchas solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiado. Entre ellas, el caso de un argelino cuya solicitud fue rechazada en 1961 considerando el Tribunal administrativo de Ausbach que “el comienzo de las hostilidades en Argelia no era un suceso ocurrido antes de enero de 1951 (...) de tal

“Que, como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1 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 causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, 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”

No obstante, es importante destacar que la limitación temporal establecida en la Convención de Ginebra, queda sin efecto a partir del Protocolo Adicional al Convenio firmado en 1967¹⁵ con su artículo 1.2.¹⁶

El Estado en cuestión tendrá la obligación de otorgar la condición de refugiados a las personas que los soliciten así como los derechos y responsabilidades de los mismos en base a los artículos 1 y 33.1¹⁷ del Convenio.

Siguiendo el análisis de HATHAWAY¹⁸ de la definición de refugiado de la Convención de Ginebra, entendemos que son cinco los requisitos para ser considerado como tal: tratarse de un extranjero o apátrida; que el mismo corra un auténtico riesgo, que posea un temor fundado; de sufrir un daño importante resultante de la ausencia de protección estatal, que dicho temor fundado de sufrir un daño importante, resultante de la ausencia de protección estatal, tenga un nexo con la raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social o las opiniones políticas; y que como consecuencia de todo ello, solicite protección no habiendo incurrido en ninguna de las cláusulas de cesación o exclusión convencionalmente prevista. A continuación definiremos cada uno de los elementos según GORTÁZAR ROTAECHE¹⁹:

1. La “condición” de extranjero o apátrida

En primer lugar, para poder reconocer a los extranjeros como refugiados será necesario que se encuentre fuera del Estado que le persigue. Además, esta condición se le reconocerá solo en caso de no haberse podido acogido a la protección de ninguno de los países en los que tenga condición de nacional.²⁰

En el caso de las personas apátridas, se regirán por el régimen sobre la apatridia, por el de los refugiados. No obstante, se interpretará como aplicable el precepto cuando

manera que la Convención de Ginebra no es aplicable a los refugiados provenientes de Argelia.” República Federal de Alemania, Tribunal Administrativo de *Ausbach*. *Asylum (Algerian Refugee)* Case, 8 de febrero de 1961, IRL. Vol 32, págs. 231-2. Traducción de GORTÁZAR ROTAECHE, CRISTINA, “*Derecho al asilo y no rechazo del refugiado*” página 107

¹⁵ Entrada en vigor en España el 14 de agosto de 1987 (B.O.E. núm 252, de 21 de octubre de 1987; corrección de errores en B.O.E. núm272, de 14 de noviembre)

¹⁶ Art. 1.2 Protocolo relativo al Estatuto de los Refugiados de 31 de enero de 1967 “*A los efectos del presente Protocolo y salvo en lo que respecta a la aplicación del párrafo 3 de este artículo, el término refugiado se aplicará a toda persona comprendida en la definición del artículo 1 de la Convención, en la que se darán por omitidas las palabras como “resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1 de enero de 1951” y las palabras “a consecuencia de tales acontecimientos, que figuran en el párrafo 2 de la sección A, del artículo 1.”*”

¹⁷ Artículo 33.1 Convención de Ginebra: “*1. Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, situar en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los 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.*”

¹⁸ HATHAWAY, J.C. 1991 *The Law of Refugee Status*. Toronto: Butterworths

¹⁹ GORTÁZAR ROTAECHE, Cristina J. *Derecho al asilo...* pág.110

²⁰ Se hace aquí referencia a los sujetos con más de una nacionalidad y seguí el artículo 1, sección A, párrafo 2 in fine de la Convención de Ginebra de 1952 indica: “*En los casos de personas que tengan más de una nacionalidad, se entenderá que la expresión “del país de su nacionalidad” se refiere a cualquiera de los países cuya nacionalidad posean (...)*”

el apátrida tuviese un lugar de residencia habitual que le niegue la protección *de facto* que le debe otorgar.

2. El concepto de “persecución”

Como norma general, para ser reconocido como refugiado según la Convención, es necesario temor fundado de una futura persecución, al haber sido esta cuestión debatida entre los países en los prolegómenos de la Convención, considerando países como Estados Unidos²¹ que se debe entender como refugiado tanto a aquellos que se encuentran fuera de su Estado por haber sufrido persecución como aquellos que tienen un miedo fundado de sufrirla en un futuro inmediato; y otros, como Francia e Inglaterra, defendiendo que solo se deben incluir aquellos que tengan miedo justificado de sufrir persecución.

No obstante, el término “persecución” no se define en el texto y ello podría deberse a la intencionada omisión de dejar el concepto como uno flexible.²² Ahora bien, ¿será equiparable este término al concepto de “amenaza para la vida o libertad” prevista en el artículo 33 sobre *non-refoulement*? Se ha considerado que todo refugiado tiene derecho a la protección básica contra la devolución y viceversa. Aquí cabe mencionar, no obstante, que en ocasiones solo ciertas amenazas a la vida o libertades han sido consideradas como “persecución”, siendo determinadas personas protegidas por el principio de no devolución, pero no bajo el artículo 1 de la Convención de Ginebra como refugiados.

Es interesante destacar que en ocasiones la “persecución económica” puede originar auténticos refugiados según la Convención de Ginebra, en los casos en los que la privación por parte del Estado de derechos sociales y económicos de la persona afectada fuera grave y discriminatoria por razón de alguna de las causas que la Convención menciona como motivo de situación de refugio.

3. La persecución “individualizada”

La interpretación jurisprudencial del “temor fundado de persecución” ha considerado en numerosas ocasiones que el individuo debe sufrir una “persecución personalizada” para otorgar el amparo de la Convención. No obstante, el requisito de “individualización” significa, como es de evidencia, que el solicitante sufra individualmente la persecución, pero ello no significa que la misma tenga que ser dirigida hacia él personalmente y que lo deba probar.

4. El fundamento del “temor de persecución”

La Convención de Ginebra requiere de forma clara la suma de dos elementos para que se considere que hay un efectivo temor fundado de persecución: el elemento subjetivo del miedo y el objetivo que alude a la necesidad de que el mismo temor tenga fundamento. Los Estados Parte, no obstante, la aplican en ocasiones basándose únicamente en la apreciación del denominado elemento objetivo, exigiendo al solicitante probar su situación, que a menudo es difícil de probar.

²¹ De hecho, es curioso destacar que el motivo de esta propuesta norteamericana es la desarrollada doctrina sobre el “auténtico temor de persecución” que, entre otros casos, viene definido en una sentencia de 1946 sobre el caso de un español que había huido a Estados Unidos por miedo a sufrir persecución política en España, considerando el Tribunal que dicho temor no estaba lo suficientemente fundado. (Estados Unidos, Tribunal de Distrito (Connecticut), *United States ex Rel. Martínez v. Longo*, 3 de julio de 1946. ILR 1946, pág. 149.)

²² HYNDMAN, P. “The 1951 Convention Definition of Refugee: An appraisal with particular reference to the case of Sri Lankan Tamil Applicants”. HQR. Vol. 9. 1987, pág. 60. Vid. *Supra nota* 33 y 34.

El asunto I.N.S v. Cardoza- Fonseca de 1987, resuelto por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, marca un antes y un después en la doctrina, pues pasa de la consideración de “claras probabilidades” a “una posibilidad razonable”, rebajando el criterio necesario para la interpretación del “temor bien fundado”.

En el caso de España, se ha consolidado la doctrina de los “indicios suficientes”²³, considerando nuestro Tribunal Supremo, con una posición más liberal, “(...) *la petición de asilo o de refugio está siempre motivada por una causa subjetiva -el temor o miedo de verse perseguido- difícilmente acreditable al ser un estado anímico eminentemente subjetivo, frente a la prueba que es la objetivación plena.*”²⁴

Cabe mencionar aquí la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres incorporó con su Disposición adicional vigésimo novena una reforma a la Ley 9/1994²⁵. La misma indica que “*lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 3 (causas que justifican la situación de asilo y su denegación) será de aplicación a las mujeres extranjeras que huyan de sus países de origen debido a un temor fundado a sufrir persecución por motivo de género.*” Pasó así a hacerse una interpretación actualizada de la Convención de Ginebra, considerando la persecución por motivos de género como una de las formas reconocidas de persecución.²⁶

5. La alternativa de “huida interna”

Otra cuestión interesante que analizar del “temor fundado de persecución” es la relativa la consideración que debe hacerse sobre el territorio, si se tratase de la totalidad del Estado o únicamente una parte de él. Entre la doctrina se ha considerado que es poco razonable exigir a las personas con un temor fundado de persecución el traslado a otra zona dentro del territorio de su Estado, especialmente cuando en el mismo convivan diferentes culturas, religiones y lenguas que puedan generar una atmósfera de tensión y dificulten el asentamiento.²⁷

6. El temor de persecución en los “insurgentes”

En un principio, el “temor fundado” no comprende a aquellos que huyen del proceso o castigo que se sigue contra ellos en su país de origen que se hubiesen alzado contra los poderes legalmente constituidos, atentando contra la soberanía estatal.

Cabe destacar el caso de la jurisprudencia norteamericana que hace exclusión de esta regla para los casos en los que la actuación rebelde se desarrolle en un Estado que

²³ “Para que se resuelva favorablemente una petición de asilo bastará que aparezcan indicios suficientes, (...), para deducir que se dan alguno de los supuestos de la ley.” Art. 8 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y la condición de refugiado modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo. BOE de 27 de marzo de 1984 y BOE de 23 de mayo de 1994

²⁴ STS de 28 de septiembre de 1988 (Cont.- Adm. Sala 5º). RAJ. 6945.

²⁵ Ley 9/1994, de 19 de mayo, de modificación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición del refugiado.

²⁶ “(...) *el hecho de ser mujer soltera y madre de dos hijos ha sufrido en su país de origen discriminación social y postergación laboral (...) pudiéramos hallarnos ante una persecución por razón de género, incardinable entre las persecuciones sociales*” (STS 15.02.2007); “*una situación de desprotección y marginación social, política y jurídica de las mujeres en su país de origen, que vulnerase de forma evidente y grave sus derechos humanos es causa de asilo*” (STS 7.7.2005); “*la persecución por razón de sexo resultaba encuadrable sin duda entre las persecuciones sociales*” (SSTS 31.05.2005; 10.12.2015) En el caso de la mujer obligada a casarse “*revestía carácter protegible por resultar encuadrable sin duda entre las persecuciones sociales*” (STS 28.2. 2006)

²⁷ Argumentos de CRAWFORD, J. and HYNDMAN, P. 1989 “*Three Heresies in the Application of the Refugee Convention*”. Op. cit., pág.158 con argumentos similares GOODWILL-GILL, S. “*The right to leave, the right to return and the question of a right to remain.*”

imposibilite el acceso a cambios políticos y sociales, a través de procedimientos democráticos (*Asunto Izatula*).²⁸

7. La “actitud” del Estado de la nacionalidad o residencia del refugiado

Respecto la posición en la que se encuentre el solicitante de asilo frente al Estado de su nacionalidad, no es necesario que el Estado sea quien “persiga” al refugiado por los motivos descritos en la Convención, sino que basta con que no proteja al mismo de persecuciones provenientes de otros grupos.

El *Immigration Appeal Board* de Canadá ha explicado con claridad las cuatro situaciones para considerarse que ha faltado protección estatal²⁹: cuando la persecución provenga de un agente oficial del Estado, cuando el causante sea un representante *de facto* del Estado, si su origen es ajeno al Estado pero éste tolera dicha persecución, cuando la persecución está provocada por grupos o personas particulares y el Estado no las perdona ni tolera, pero es capaz de contraatacar y ofrecer la protección adecuada.

8. Las causas del “temor fundado de persecución”

Respecto a la **pertenencia a un grupo social determinado**, es el criterio con mayor dificultad interpretativa. Se usa en la práctica como una categoría residual para cubrir determinados casos que no encajan en ninguno de los demás supuestos, este es el caso del temor de persecución por razón de sexo o la especial orientación sexual; el temor de persecución por razón de desempeñar una determinada actividad económica; la vinculación familiar con un perseguido y el consiguiente temor fundado de persecución por razón de dicho vínculo familiar.

El Tribunal Supremo de Canadá explica el significado de “pertenencia a un determinado grupo social” en el asunto *Attorney- General v. Ward*: 1) los grupos que se definen por una característica innata o invariable; 2) los grupos cuyos miembros están voluntariamente asociados por motivos tan fundamentales a su dignidad humana que no deben ser forzados a dejar dicha asociación y 3) los grupos asociados por haber poseído en el pasado un status voluntario que ahora es inalterable por su condición histórica.

También podemos entender comprendidos dentro de la “persecución” en el sentido de la Convención a quienes hayan mostrado **negativa a prestar el servicio militar por motivos religiosos**. Es el caso de abril de 1990 fallado por el Tribunal de Apelaciones de Estados Unidos sobre *José and Oscar Canas- Segovia v. United States Immigration and Naturalization Service*. El mismo trataba sobre dos hermanos salvadoreños testigos de Jehová que entraron en Estados Unidos sin documentación, solicitando asilo en base a que sus creencias religiosas no les permitían la prestación del servicio militar obligatorio, aportando pruebas de que se habían dado casos de personas en su misma situación que habían desaparecido o habían sido torturadas al negarse. El Tribunal falló estimando que los hermanos tienen suficientes razones para temer persecución debido a sus creencias religiosas, no debiendo ser deportados.

Respecto a la **atribución de una determinada opinión política**, se considera que una por la que se sienta un temor fundado de persecución es suficiente para que sea aplicable la Convención de Ginebra, aunque no coincida con las verdaderas creencias del solicitante de asilo. Tal es el caso, entre otros, del fallo dado por la Corte Federal de Apelación de Canadá en el caso *Leonardo Arturo Espinosa Astudillo v. Minister of*

²⁸ Interim Decision 3127 (BIA 1990), 8. IJRL. Vol 5. núm.2 1993, pág. 155

²⁹ Asunto *Tezcan Ozdemir*, Immigration Appeal Board Decision, HATHWAY, J. C. The Law of Refugee...op. cit... pág. 29.

*Employment and Immigration*³⁰, en el que un presidente de una escuela de deportes en Chile no tiene opiniones políticas pero el Estado de su nacionalidad así lo ha estimado; o el caso *Hernández- Ortíz v. Immigration Naturalization Service*³¹ fallado por el Tribunal de Apelaciones de Estados Unidos, donde considera el tribunal que se existe persecución cuando el Gobierno atribuye al solicitante de asilo determinados puntos de vista políticos, aunque dicho solicitante no los tenga o no los haya mantenido.

En el mismo sentido, la **neutralidad política**, la negativa a unirse a uno u otro bando, constituye una “opinión política” en el sentido del artículo 1 de la Convención de Ginebra. Así lo estima el Tribunal de Apelaciones de EEUU en el caso *Bolanos-Hernández v. INS*.³²

Finalmente, algunas jurisprudencias estatales como es la **Republikflucht** estiman como causa los casos en los que el mero hecho de huir de un país es considerado delito político por el que la persona será perseguida si regresase a su estado de origen.

9. Los refugiados “sur place: la condición “sobrevvenida” del refugiado

Los refugiados *sur place* son aquellos que encontrándose en el extranjero y debido a un cambio en las circunstancias en su país de origen, pasa de forma sobrevenida a ser considerado refugiado. Se hace esta alusión en referencia a lo estipulado en la Convención, que estima que el demandante de asilo solo lo puede solicitar cuando se encuentre “fuera del país de su nacionalidad”, incluyendo en este precepto tanto los que hubiesen huido por temor a la persecución como los que, encontrándose en el extranjero por otro motivo, devienen refugiados.

-Las causas de exclusión y de cesación de la condición de refugiado

Los motivos excepcionales que darán lugar a la cesación o exclusión de la condición de refugiado deben estar previstas en las leyes internas de los Estados Miembro y en respeto a lo estipulado por la Convención de Ginebra y solo se podrá privar de la condición en virtud de una resolución de los tribunales. La extinción de la condición de refugiado también puede ser voluntaria por parte del refugiado, al haber cesado las causas que dieron lugar a la situación de asilo.

Las causas de exclusión son descritas en el artículo 1, letras D, E y F de la Convención de Ginebra. La letra D hace referencia a los refugiados excluidos por estar bajo protección de organismos de las Naciones Unidas distintos del ACNUR. La letra E regula los casos en los que el Estado donde la persona haya fijado su residencia le reconozca los derechos y obligaciones inherentes a la posesión de la nacionalidad de tal país. La letra F contempla tres razones distintas: que la persona haya cometido un delito contra la paz, un delito de guerra, o un delito contra la humanidad tal y como quedan definidos en los instrumentos internacionales; que haya cometido un grave delito común fuera del país de refugio, antes de ser admitida en él como refugiada; que sea culpable de actos contrarios a los fines y principios de las Naciones Unidas.

³⁰ Canadá, Tribunal Federal de Apelación, *Leonardo Arturo Espinosa Astudillo v. Minister of Employment and Immigration*, 16 de noviembre de 1978. HATHAWAY, J.C. “*The Law of Refugee...*” op. cit., pág. 154.

³¹ Estados Unidos, Tribunal de Apelación de los EE.UU (Ninth Circuit), *Hernández-Ortíz v. Immigration Naturalization Service (INS)*, 1985. (Ibid, op. cit., pág. 156)

³² Estados Unidos, Tribunal de Apelación de los EE.UU. (Ninth Circuit), *Bolanos- Hernández v. INS*, 14 de junio de 1985. IRL. Vol.87, págs. 478-88

Las causas de cesación de la condición de refugiado son más frecuentes que las de exclusión del *status*. Consiste así la primera en que el refugiado se someta voluntariamente a la protección del país de su nacimiento.

Finalmente, tiene cabida hacer además una distinción entre refugiados y migrantes, siendo los primeros los individuos que no eligen dejar su país sino se ven obligados a hacerlo; y los segundos, las personas que abandonan su país de origen únicamente por razones económicas, para mejorar sus condiciones de vida. Hay una diferencia crucial entre ambos conceptos y es que los migrantes económicos sí disfrutaban de una protección en su país de origen, mientras que los refugiados no.³³

3. MARCO JURÍDICO

Los instrumentos internacionales para consagrar los derechos humanos relativos a las personas con *status* de refugiados son abundantes y la protección de los mismos será prevista en textos de distintos niveles. Así, damos el inicio de la legislación contemporánea del asilo con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 que estipula en su artículo 14:

“En caso de persecución toda persona tiene derecho a buscar asilo y a disfrutar de él en cualquier país. Este derecho no podrá ser invocado contra una acción judicial originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas”

El núcleo de la protección de los Derechos Humanos en la Unión Europea se encuentra en el Consejo de Europa, que se constituyó tras la Segunda Guerra Mundial el 5 de mayo de 1949 con el Tratado de Londres, con el objetivo de unir a los Estados de Europa y promover un Estado de derecho, la democracia, los derechos humanos y el desarrollo social.

En 1950 se firmó el Convenio Europeo de Derechos Humanos y en virtud del artículo 19³⁴ del mismo, para asegurar el cumplimiento por los Estados de las obligaciones que les impone el Convenio, se creó el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.³⁵

Así, el TEDH examina quejas presentadas por personas físicas, grupos de particulares, organizaciones no gubernamentales y personas jurídicas que aleguen vulneraciones del Convenio. Los mismos no deben ser ciudadanos o residentes legales de uno de los Estados Miembros y, según a lo que concierne este trabajo, no se menciona/no se hace alusión directa en ningún artículo del Convenio a los “refugiados” intrínsecamente. A la hora de enfrentarnos a los problemas en la materia, los artículos que más conflictos abarcan son el art. 2 respecto el derecho a la vida; el art. 3 la prohibición de torturas; el art. 5 en tanto a la libertad y seguridad; el art. 8 el derecho a respeto por la vida familiar y privada; el art. 13 con el derecho de remedios efectivos; el art. 14 con la prohibición de discriminación; el art. 4 del protocolo nº4, la prohibición de la expulsión

³³ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, Guía práctica sobre el derecho internacional de los refugiados Número 2-2001, Ginebra

³⁴ Artículo 19:” Con el fin de asegurar el respeto de los compromisos que resultan para las Altas Partes Contratantes del presente Convenio y sus protocolos, se instituye un Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en lo sucesivo denominado «el Tribunal». Funcionará de manera permanente.”

³⁵ *Manual de Derecho europeo sobre asilo, fronteras e inmigración*, Luxemburgo: Oficina de publicaciones de la Unión Europea, 2014

colectiva de extranjeros; y el art. 1 del protocolo nº7 con las garantías de procedimiento en caso de expulsión de extranjeros.

Los artículos que estudiaremos en el presente trabajo serán predominantemente el 2, 3, 8, 4 del Protocolo nº4 y 1 del Protocolo nº7.

Una matización importante de la Convención de 1951 será el Protocolo de 1967³⁶, independiente de la primera pero íntegramente relacionado a ella. Con él se anulan los límites geográficos y temporales contenidos en la definición de refugiado de la Convención.

Otros instrumentos normativos a tener en cuenta para el objeto de estudio serán:

El Acuerdo Schengen, firmado en 1985 para abolir los controles fronterizos internos de los Estados miembros de la UE, disponiendo en su artículo 17³⁷ que se perseguirá impedir la inmigración ilegal de nacionales de Estados no miembros.

El Tratado de Maastricht de 1993, que introdujo el concepto de ciudadanía de la Unión, aplicado para respaldar la libre circulación de los ciudadanos y los miembros de sus familias de cualquier nacionalidad.

En el año 2000 la Unión Europea proclamó la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, una lista de derechos humanos inspirada en varios textos legales, tanto de Estados Miembros, como europeas e incluso de la Organización de las Naciones Unidas. A partir del 1 de enero de 2009, la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la Carta pasó a ser jurídicamente vinculante y así tanto las instituciones de la Unión Europea como los Estados miembros tienen la obligación de respetarla en el proceso de aplicación del Derecho de la UE.

La Carta de los derechos Fundamentales de la Unión Europea recoge por primera vez en su artículo 18³⁸ el derecho al asilo y se prohibió mediante el artículo 19³⁹ el retorno de una persona en situación de riesgo justificado de tortura o tratos inhumanos o degradantes. Igualmente, el art. 47 de la misma establece el derecho a la tutela judicial efectiva, exigiendo la revisión por un tribunal. En su artículo 52 estipula que la protección mínima contemplada en las disposiciones de la Carta es la que establece el CEDH, pudiendo aplicar la UE una interpretación más generosa que la expuesta por el TEDH.

Cabe además destacar la creación en 2004 de la agencia Frontex mediante el Reglamento 2007/2004 del Consejo del 26 de octubre de 2004 por el que se crea una

³⁶ Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967

³⁷ Artículo 17 Acuerdo Schengen: *“En materia de circulación de personas, las Partes tenderán a suprimir los controles en las fronteras comunes y transferirlos a sus fronteras externas. Con estos fines, se esforzarán previamente por armonizar, en caso necesario, las disposiciones legislativas y reglamentarias relativas a las prohibiciones y restricciones en que se basan los controles, y por tomar medidas complementarias para salvaguardar la seguridad y para impedir la inmigración ilegal de nacionales de Estados no miembros de las Comunidades Europeas”*.

³⁸ Artículo 18 Carta de los Derechos Fundamentales: *“Se garantiza el derecho de asilo dentro del respeto de las normas de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y del Protocolo del 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y de conformidad con el Tratado de la Unión Europea y con el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”*

³⁹ Artículo 19 Carta de los Derechos Fundamentales: *“1. Se prohibirán las expulsiones colectivas. 2. Nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes.”*

Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea.

En el marco jurídico español, la Constitución española reconoce en su artículo 13.4⁴⁰ el derecho de asilo como precepto constitucional y se desarrolla con la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, posteriormente modificada por la Ley 4/1994, de 19 de mayo, reguladora del del derecho de asilo y de la condición de refugiado. Será de aplicación también la Ley 12/2009, de 30 de octubre que regula el derecho de asilo y protección subsidiaria los requisitos por los cuales un ciudadano de otro país o apátrida podrá disfrutar del derecho de asilo en España.

4. SISTEMA EUROPEO COMÚN DE ASILO

Desde 1999 la Unión Europea trabaja en la creación de un Sistema Europeo Común de Asilo. Así, las normas comunes que garantizarán a los solicitantes de asilo igualdad de trato en un sistema justo y transparente, con independencia del lugar en el que presenten la solicitud serán:

1. La Directiva sobre procedimientos de asilo⁴¹, que pretende facilitar la adopción de decisiones más rápidas, acertadas y justas, ofreciendo a los solicitantes de asilo la asistencia necesaria para ofrecer las explicaciones que respaldan su demanda.

2. La Directiva sobre condiciones de acogida⁴², que garantiza la existencia de condiciones materiales de acogida para los solicitantes de asilo en toda la UE, mediante una lista exhaustiva de motivos de detención, la obligación de llevar a cabo una evaluación individual para determinar las necesidades especiales de acogida de las personas vulnerables y asegurando el acceso a un empleo de los solicitantes de asilo en un plazo máximo de nueve meses.

3. La Directiva sobre requisitos⁴³ que aclara los motivos que pueden dar lugar a la protección internacional.

4. El Reglamento de Dublín⁴⁴ que refuerza la protección de los solicitantes de asilo durante el proceso de determinación del Estado responsable de examinar su solicitud. El Reglamento de Dublín se firmó inicialmente en 1990, siendo ratificado por España en 1995. En 2003 fue sustituido por el reglamento Dublín II y su última versión, Dublín III, fue aprobada en 2013. El nacimiento del entonces Convenio ve su razón en la

⁴⁰ Art. 13.4 CE: “La ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España.”

⁴¹ Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional

⁴² Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional

⁴³ Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida

⁴⁴ Reglamento (UE) n° 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida

intención de determinar qué país se hará cargo de una solicitud de asilo, acabando con el fenómeno de los “refugiados en órbita” o bien es decir, los refugiados que aún no devueltos a los países donde puedan sufrir persecución, tienen negado el asilo o no pueden encontrar un Estado que examine su solicitud, siendo enviados de uno en otro. Además, se crea con él un nuevo sistema para detectar de forma temprana los problemas en los sistemas nacionales de acogida y asilo y abordar sus causas primordiales antes de que se conviertan en crisis a gran escala. Los principios básicos que establece Dublín son: 1) los solicitantes de asilo tendrán una única oportunidad para solicitarlo en la UE y en caso de ser denegada su petición, será reconocida en todos los EEMM; 2) los criterios de distribución serán los establecidos por el Convenio y no por los solicitantes; los mismos, a su vez, podrán ser transferido al Estado miembro que les haya sido asignado. La versión más nueva del Reglamento incluye más garantías de protección para los solicitantes, como son: el derecho a la información (artículo 4); entrevista personal (artículo 5); más garantías para menores (artículo 6); posibilidad de recibir asistencia jurídica gratuita (artículo 27); el derecho a recurrir la decisión de traslado a otro país de la UE (artículos 26, 27).

5. El Reglamento Eurodac⁴⁵, que proporcionará a los cuerpos de la seguridad acceso a la base de datos de impresiones dactilares de solicitantes de asilo en circunstancias limitadas con el fin de prevenir, detectar o investigar los delitos más graves como los de asesinato y terrorismo.⁴⁶

5. CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. ARTÍCULOS.

5.1. ARTÍCULO 2: DERECHO A LA VIDA

El derecho a la vida es el derecho más elemental del ser humano y nadie puede ser privado del mismo, viene previsto en el artículo 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y dicta en tenor literal:

“1. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la Ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga pena capital dictada por un tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena.

2. La muerte no se considerará infligida con infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario:

a) En defensa de una persona contra una agresión ilegítima.

b) Para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente.

c) Para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección.”

⁴⁵ Reglamento (UE) n° 603/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativo a la creación del sistema «Eurodac» para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Reglamento (UE) n° 604/2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida, y a las solicitudes de comparación con los datos de Eurodac presentadas por los servicios de seguridad de los Estados miembros y Europol a efectos de aplicación de la ley, y por el que se modifica el Reglamento (UE) n° 1077/2011, por el que se crea una Agencia europea para la gestión operativa de sistemas informáticos de gran magnitud en el espacio de libertad, seguridad y justicia

⁴⁶ Un sistema Europeo Común de Asilo. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2014. ISBN 978-92-79-34627-9 doi: 10.2837/66073

Aparición en otros textos:

El artículo 6 del PIDCP lo consagra como un derecho “inherente a la persona humana”. Es importante destacar que el Segundo Protocolo Facultativo del PIDCP aprobado en 1989⁴⁷ excluyó la posibilidad de ejecutar a una persona sometida a la jurisdicción de un Estado Parte en el Protocolo.

Por otra parte, el artículo 2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales establece que “*Nadie deberá ser privado de su vida intencionalmente salvo en la ejecución de una sentencia de un tribunal como resultado de un castigo de un crimen para el cual la ley contempla esta pena.*” El Protocolo número 6 del CEDH no obstante, prohibió la pena capital en tiempos de paz.⁴⁸ La prohibición de la pena capital sin lugar a excepciones se consolidó en 2002 mediante el Protocolo 13 del CEDH.⁴⁹

En el asunto *Öcalan c. Turquía*⁵⁰ consideró el tribunal en su párrafo 165: “*Por ahora, el hecho de que haya todavía un elevado número de Estados que tengan que firmar o ratificar el Protocolo núm. 13, impide al Tribunal considerar que es práctica común de los Estados Contratantes, contemplar la aplicación de la pena de muerte como un trato inhumano o degradante contrario al art. 3 del Convenio, ya que no se han producido derogaciones de dicha provisión, ni siquiera en períodos de guerra*”

La primera vez en la que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró la violación del derecho a la vida fue en el caso *Bader y Kanbor c. Suecia*⁵¹, en el que uno de los demandantes iba a ser deportado a Siria, tras haberle sido impuesta ahí una pena de muerte tras un juicio denominado como “injusto” por el Tribunal que finalmente concluyó indicando “*Por tanto, teniendo en cuenta todas las circunstancias del presente asunto, el Tribunal considera que existen razones sustantivas para creer que el primer demandante se vería expuesto a un riesgo real de ser ejecutado, y de ser objeto de un trato contrario a los artículos 2 y 3 si fuera deportado a su país de origen.*”

5.2. ARTÍCULO 3: PROHIBICIÓN DE LA TORTURA

Uno de los artículos más importantes e invocados en el TEDH es el referente a la prohibición de la tortura y dicta en tenor literal:

“Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.”

Aparición en otros textos:

⁴⁷ Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos destinados a abolir la pena de muerte adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de diciembre de 1989 art.1.1: “*No se ejecutará a ninguna persona sometida a la jurisdicción de un Estado Parte en el presente Protocolo.*”

⁴⁸ Protocolo número 6 al Convenio Para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales relativo a la abolición de la pena de muerte (Estrasburgo, 28 de abril de 1983)

⁴⁹ Protocolo n°13 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales relativo a la abolición de la pena de muerte en cualquier circunstancia, Vilnius 03 de marzo de 2002

⁵⁰ STEDH de 12 de mayo de 2005. Asunto *Öcalan c. Turquía*, demanda no. 46221/99

⁵¹ STEDH (Sección 2ª) de 8 de noviembre de 2005. Asunto *Bader y Kanbor c. Suecia*, demanda no. 13284/04

Declaración Universal de Derechos Humanos (art.5)⁵² y PIDCP (art. 7)⁵³.

Convenio Europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes, hecho en Estrasburgo el 26 de noviembre de 1987 y Convenio de Naciones Unidas contra la Tortura de 1984.

La doctrina ha calificado al trato inhumano o degradante como el infligido “*con premeditación durante horas y que causa lesiones corporales y gran sufrimiento físico o mental*”⁵⁴ Un trato se considera degradante cuando humilla o desprecia a un individuo, si disminuye su dignidad humana o suscita en la persona sentimientos de miedo, angustia o inferioridad en aras de minar su resistencia moral y física.⁵⁵ Además, no será necesario que la humillación sea en ojos de los demás, sino que la víctima se sienta humillado según sí mismo⁵⁶; al igual que el hecho de humillar fuese intencionado o no, no se considerará como motivo suficiente para descartar la violación del artículo 3 de la Convención de Roma de 1950.⁵⁷

A tanto llega la protección de este artículo que incluso en casos de la devolución de una persona no nacional que fuese sospechosa de haber cometido o de poder cometer en el futuro actos terroristas, se puede considerar como una vulneración del artículo 3 del CEDH si la expulsión le pudiese poner en situación de grave riesgo de sufrir tortura u otros tratos inhumanos. Así lo afirma también el *Asunto N. c. Finlandia*⁵⁸, recordando el

⁵² Declaración Universal de Derechos Humanos, art.5: “*Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.*”

⁵³ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Nueva York, 19 de diciembre de 1966. Art. 7: “*Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.*”

⁵⁴ STEDH (Gran Sala) de 21 de enero de 2011. *Asunto M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, demanda no. 30696/09, pár.220 “*The Court considers treatment to be “inhuman” when it was “premeditated, was applied for hours at a stretch and caused either actual bodily injury or intense physical or mental suffering. (...)*”

⁵⁵ STEDH (Sección 4ª) de 29 de abril de 2002. *Asunto Pretty c. Reino Unido*, demanda no. 2346/02, par. 52: “*(...) Where treatment humiliates or debases an individual, showing a lack of respect for, or diminishing, his or her human dignity, or arouses feelings of fear, anguish or inferiority capable of breaking an individual's moral and physical resistance, it may be characterised as degrading and also fall within the prohibition of Article 3. (...)*”; STEDH (Sección 3ª) de 24 de julio de 2001. *Asunto Valašinas c. Lituania*, demanda no. 44558/98, par. 117: “*(...) Obliging the applicant to strip naked in the presence of a woman, and then touching his sexual organs and food with bare hands showed a clear lack of respect for the applicant, and diminished in effect his human dignity. It must have left him with feelings of anguish and inferiority capable of humiliating and debasing him. (...)*”

⁵⁶ STEDH (Gran Sala) de 25 de abril de 1978. *Asunto Tyrer c. Reino Unido*, demanda no. 5856/72, párrafo 32: “*Publicity may be a relevant factor in assessing whether a punishment is “degrading” within the meaning of Article 3 (art. 3), but the Court does not consider that absence of publicity will necessarily prevent a given punishment from falling into that category: it may well suffice that the victim is humiliated in his own eyes, even if not in the eyes of others.*”

⁵⁷ STEDH (Sección 2ª) de 19 de abril de 2001. *Asunto Peers c. Grecia*, demanda no. 28524/95, par. 74: “*In the light of the foregoing, the Court considers that in the present case there is no evidence that there was a positive intention of humiliating or debasing the applicant. However, the Court notes that, although the question whether the purpose of the treatment was to humiliate or debase the victim is a factor to be taken into account, the absence of any such purpose cannot conclusively rule out a finding of violation of Article 3*”.

⁵⁸ STEDH (Sección 4ª) de 26 de julio de 2005. *Asunto N. c. Finlandia*, demanda no. 38885/02, párrafos 158-159: “*The decision of a Contracting State to expel a person may nevertheless give rise to an issue under Article 3 of the Convention, and hence engage the responsibility of that State under the Convention, where substantial grounds have been shown for believing that the person concerned faces a real risk of being subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment in the receiving country. In such circumstances Article 3 implies the obligation not to expel the person in question to that country.*”

Tribunal que, aunque hubiese presunción de que el individuo hubiese cometido actos terroristas, el principio de no devolución se seguirá aplicando, como principal en la protección de derechos humanos.

La protección, por tanto, que ofrece el artículo 3 del CEDH tiene un alcance mayor que la del 33 del Convenio relativo al Estatuto de los refugiados, reiterando en numerosas ocasiones que frente al carácter absoluto de la prohibición contenida en el primer artículo, es irrelevante las actividades desarrolladas por el individuo en cuestión, por peligrosas e indeseables que pudiesen ser.⁵⁹

El asunto *Soering c. Reino Unido*⁶⁰ afronta especialmente este derecho en relación también al anterior, el artículo 2 de derecho a la vida, y será desarrollado posteriormente en este trabajo. La sentencia más célebre del TEDH en la aplicación del artículo tercero explicó que el mismo implica una doble obligación para los Estados Contratantes, tanto de no torturar ni imponer penas o tratos inhumanos o degradantes, como no permitir que otro Estado no parte del CEDH pueda hacerlo tras sus decisiones. La doble obligación se ha visto confirmada en la jurisprudencia del Tribunal, en asuntos como *Saadi c. Italia* como posteriormente en *Daoudi c. Francia*, entre otros.

En el caso de *Saadi c. Italia*⁶¹, se trataba de una orden de expulsión del demandante hacia Túnez, motivada por el presunto rol activo del mismo en una organización terrorista y el peligro a la seguridad nacional y orden público que ello supone. El Tribunal consideró que, de ser expulsado el sujeto al país de su procedencia, Túnez, se estaría vulnerando el artículo 3, al ser expuesto a un riesgo de recibir malos tratos prohibidos por el CEDH (párrafo 125). Así lo reitera también el asunto *Daoudi c. Francia*⁶², haciendo alusión en su párrafo 64 a las consideraciones previamente constatadas por el Tribunal en el caso *Saadi c. Italia*, recordando el carácter absoluto de la prohibición, la imposibilidad de ponderación entre el riesgo de que la persona sufra un daño en caso de ser expulsada y la peligrosidad que para la comunidad representa de no serlo, al deber ser ambos conceptos evaluados de forma independiente.⁶³

(...) As the prohibition provided by Article 3 against torture, inhuman or degrading treatment or punishment is of absolute character, the activities of the individual in question, however undesirable or dangerous, cannot be a material consideration. The protection afforded by Article 3 is thus wider than that provided by Article 33 of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees"

⁵⁹ STEDH (Gran Sala) de 15 de noviembre de 1996, Asunto *Chahal c. Reino Unido*. Demanda no. 22414/93 párrafo 79: *"(...) The Court is well aware of the immense difficulties faced by States in modern times in protecting their communities from terrorist violence. However, even in these circumstances, the Convention prohibits in absolute terms torture or inhuman or degrading treatment or punishment, irrespective of the victim's conduct. Unlike most of the substantive clauses of the Convention and of Protocols Nos. 1 and 4 Article 3 makes no provision for exceptions and no derogation from it is permissible under Article 15 even in the event of a public emergency threatening the life of the nation (...)"*

⁴³ STEDH (Gran Sala) de 7 de julio de 1989 Asunto *Soering contra Reino Unido*. Demanda no. 14038/88

⁶¹ STEDH (Gran Sala) de 28 de febrero de 2008. Asunto *Saadi c. Italia*, demanda no. 37201/06

⁶² STEDH (Sección 5) de 10 de diciembre de 2009. Asunto *Daoudi c. Francia*, demanda no.19576/08

⁶³ *Íbidem*. Párrafo 64 *"(...) Dans cet arrêt, la Cour a réitéré le caractère absolu de la prohibition de la torture ou des peines ou traitements inhumains et dégradants prévue par l'article 3 de la Convention, quels que soient les agissements de la personne concernée, aussi indésirables et dangereux soient-ils. Elle a également réaffirmé l'impossibilité de mettre en balance le risque de mauvais traitements et les motifs invoqués pour l'expulsion afin de déterminer si la responsabilité d'un Etat est engagée sur le terrain de l'article 3(...)"*

Como indica SALINAS⁶⁴, la expulsión de no nacionales, sospechosos de haber cometido en el pasado o poder cometer en el futuro actos terroristas, al margen del temor de éstos a ser maltratados o torturados en el país de destino, no es la respuesta correcta al problema contra la lucha del terrorismo, teniendo en cuenta la obligación de no devolución. El argumento de que la regulación del derecho de extranjería es un atributo esencial en la soberanía estatal no puede ser usado como “*carte blanche*” para violar algunos principios básicos del Derecho Internacional Público y de la CEDH., indica la autora. El Estado que expulsa tiene la obligación de evitar que el extranjero expulsado pueda ser condenado a pena de muerte, sufrir penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, o ser torturado.⁶⁵

El caso de Cruz Varas es de suma importancia, al establecer por primera vez en una resolución que el principio de prohibición de enviar a un individuo en riesgo de sufrir torturas o tratos degradantes bajo la protección del artículo 3 se aplica igualmente a los casos de expulsión y de extradición, habiéndose aplicado únicamente éste último hasta aquel momento. Ha marcado así el inicio de una larga y amplia interpretación casuística del artículo 3.

5.3. ARTÍCULO 8: DERECHO AL RESPETO DE LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR

“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho salvo cuando esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de terceros.”

Comentaremos posteriormente el asunto *K.A.B. c. España*⁶⁶ en el que se determinó la vulneración, entre otros, del artículo 8 de la Convención, respecto la vida privada familiar del demandante.

Entre otros, el Asunto *Kaushal c. Bulgaria*⁶⁷ considera que la expulsión del demandante ha sido contraria al artículo 8 de la Convención, al hacer la consideración de

⁶⁴ SALINAS DE FRÍAS, ANA, 2010 “Detención, garantías esenciales y Estado de Derecho en la jurisprudencia del TEDH”, *UNED. Revista de Derecho Político*, N.o 79, septiembre-diciembre 2010, págs. 285-333

⁶⁵ STEDH de 20 de marzo de 1991, *Asunto Cruz Varas c. Suecia* demanda no. 15576/89 párrafo 69-70: “(...) and hence engage the responsibility of that State under the Convention, where substantial grounds have been shown for believing that the person concerned, if extradited, faces a real risk of being subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment in the requesting country (...) Although the present case concerns expulsion as opposed to a decision to extradite, the Court considers that the above principle also applies to expulsion decisions and a fortiori to cases of actual expulsion.”; STEDH de 30 de octubre de 1991 *Asunto Vilvarajah y otros c. Reino Unido*, demanda 13163/87; 13164/87; 13165/87; 13447/87; 13448/87 párrafo 102 : “At the outset, the Court observes that Contracting States have the right, as a matter of well-established international law and subject to their treaty obligations including Article 3 (art. 3), to control the entry, residence and expulsion of aliens (...) In its Cruz Varas judgment of 20 March 1991 the Court held that expulsion by a Contracting State of an asylum seeker may give rise to an issue under Article 3 and hence engage the responsibility of that State under the Convention.”

⁶⁶ STEDH (Sección 3) de 10 de abril de 2012. *Asunto K.A.B. c. España*, demanda no. 59819/08

⁶⁷ STEDH (Sección 5) de 2 de septiembre de 2010. *Asunto Kaushal y otros c. Bulgaria*, demanda no. 1537/08

“*un peligro serio para la seguridad nacional*” según la cual fue condenado el ahora demandante, en base de una información no especificada contenida en una propuesta interna secreta. Consideró el Tribunal que los demandantes no obtuvieron protección de esa arbitrariedad. El primer demandante contrajo matrimonio con la segunda cuatro años después de instalarse en Bulgaria, y sus hijas, tercera y cuarta demandante, nacieron en 1992 y 1998, siendo estas tres últimas nacionales de Bulgaria que nacieron y han vivido a lo largo de toda su vida ahí. El primer demandante, el señor Kaushal, residía desde 1990 hasta su expulsión en 2005 igualmente de forma legal en el país. Al haber sido expulsado de Bulgaria la familia fue separada y en base a ello, concluye el tribunal que las medidas tomadas en contra del demandante son contrarias a su derecho de vida familiar previsto en el artículo 8 de la Convención. (Párrafo 24)

5.4. ARTÍCULO 4 DEL PROTOCOLO N°4: PROHIBICIÓN DE EXPULSIÓN COLECTIVA DE EXTRANJEROS

“Quedan prohibidas las expulsiones colectivas de extranjeros”

Aparición en otros textos:

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 19)⁶⁸; Carta africana sobre los derechos humanos y de los pueblos (art. 12.5)⁶⁹; Convención americana sobre Derechos Humanos (art. 22.9)⁷⁰; Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (art. 22.1)⁷¹.

El Protocolo núm.4, en palabras de BOZA MARTÍNEZ⁷², es el primer texto internacional que prohíbe expresamente la expulsión colectiva de extranjeros, es así una cristalización y codificación de un principio preexistente en el Derecho Internacional consuetudinario. Históricamente las expulsiones colectivas habían sido siempre calificadas como admisibles y es sólo en el Derecho Contemporáneo, influenciado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, cuando se modificó la admisibilidad de tales medidas. Ello viene motivado por las atrocidades vividas en el régimen nazi y el holocausto, además de la influencia de la política de bloques con la que se desarrolló el Convenio hasta la caída del Muro de Berlín, que supusieron un grave problema en la historia reciente de la humanidad.

⁶⁸ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea 2000/C 364/01 Art. 19: “1. *Se prohíben las expulsiones colectivas. 2. Nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes.*”

⁶⁹ Carta Africana sobre los derechos humanos y de los pueblos. Aprobada el 27 de julio de 1981, durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, reunida en Nairobi, Kenya Art. 12.5: “*La expulsión masiva de extranjeros estará prohibida. Expulsión masiva será aquella dirigida a un grupo nacional, racial, étnico o religioso*”

⁷⁰ Convención Americana sobre Derechos Humanos. San José, Costa Rica. 7 al 22 de noviembre de 1969. Art. 22.9: “*Es prohibida la expulsión colectiva de extranjeros.*”

⁷¹ Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. Adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990. Art. 22.1: “*Los trabajadores migratorios y sus familiares no podrán ser objeto de medidas de expulsión colectiva. Cada caso de expulsión será examinado y decidido individualmente.*”

⁷² BOZA MARTÍNEZ, DIEGO 2001: “*Los extranjeros ante el convenio europeo de derechos humanos*”. Cádiz: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz

Es de mencionar que, como bien predijo LINDE⁷³, este artículo supone un incremento de protección en el régimen nacional, puesto que la Constitución Española no establece semejante garantía.

Según explica BOZA MARTÍNEZ, la primera vez que se apreció una interpretación del artículo fue en la Decisión de la ComEDH de 3 de octubre de 1975⁷⁴ definiendo el término “colectiva” como “*cualquier medida de las autoridades competentes que obligue a los extranjeros como grupo a abandonar el país, excepto cuando tal medida sea adoptada después y con la base de un análisis razonado y objetivo de las circunstancias particulares de cada individuo del grupo*” por ende, aquello que diferenciará la expulsión colectiva de la “acumulación de expulsiones individuales” será el análisis razonado y objetivo de las circunstancias particulares de cada extranjero. Más adelante en la jurisprudencia el tribunal añade un nuevo aspecto, considerando que aunque se cumpla el análisis razonado y objetivo del caso particular de cada individuo, los antecedentes de la ejecución de la orden de expulsión juegan también un papel importante en la determinación de si se ha producido una violación del artículo.⁷⁵ Señala además el tribunal otro aspecto nuevo y de gran importancia, que para constatar que la violación del artículo no se ha producido, el Estado debe eliminar todas las dudas acerca de si la expulsión no es colectiva.⁷⁶

El Juez PINTO DE ALBURQUERQUE explica en su voto particular⁷⁷ en la sentencia del asunto *Hirsi Jamaa y otros c. Italia* que, para considerar que el status de refugiado ha sido determinado mediante un proceso individual, justo y efectivo, deberá incluir al menos las siguientes características: (1) Un tiempo razonable en el que presentar la solicitud de asilo; (2) una entrevista personal con el solicitante de asilo antes de la toma de decisión de la solicitud; (3) la oportunidad de presentar pruebas en apoyo a la solicitud y expresar dudas sobre pruebas presentadas en contra de la solicitud; (4) una resolución motivada y escrita de un órgano de primera instancia independiente, basada en la situación individual del solicitante de asilo y no únicamente en una evaluación general de su Estado de origen, teniendo el derecho de refutar la presunción de seguridad de cualquier Estado en su caso; (5) un límite de tiempo razonable en el que poder apelar contra la resolución y efecto suspensivo inmediato de la apelación contra la decisión de la primera instancia; (6) completa y rápida revisión judicial de los cimientos legales y fácticos de la decisión en primera instancia; y (7) orientación jurídica y representación gratuita, y de ser necesario, asistencia lingüística gratuita en ambas primera y segunda

⁷³ LINDE, E., ORTEGA, L.I. y SÁNCHEZ MORÓN, M. 2ª edición 1987 “El sistema europeo de protección de los Derechos Humanos”, Madrid, Civitas. cit., p.124

⁷⁴ Ver BOZA MARTÍNEZ, DIEGO 2001. “Los extranjeros ante...” op. cit. página 56. Ver también Decisión de 3 de octubre de 1975 en el caso *Becker contra Dinamarca*, Solicitud nº7011/75, vid. Decisions and Reports, 4, página 215 y ss.

⁷⁵ STEDH (Sección Tercera) de 5 de febrero de 2002. Asunto *Conka c. Bélgica* demanda no. 51564/1999 Párrafo 59: “(...) *Ello no significa tanto que allá donde se cumpla esta última condición, las circunstancias que rodeen la ejecución de las decisiones de expulsión no jueguen un papel en la apreciación del cumplimiento del artículo 4 del Protocolo núm. 4*”

⁷⁶ *Ibidem*. Párrafo 61: “(...) *estas condiciones, y en vista del gran número de personas del mismo origen que corrieron la misma suerte de los demandantes, el Tribunal considera que el proceso seguido no puede excluir dudas acerca del carácter colectivo de la expulsión criticada.*”

⁷⁷ Ver Asunto *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*- Voto particular del Juez Pinto de Albuquerque, página 72. La traducción es mía.

instancia y acceso no restringido al ACNUR o cualquier otra organización trabajando en su parte.

Esas garantías se aplican a todos los solicitantes de asilo, sin importar su estatus fáctico o legal, y en consecuencia a la aplicación del principio de no devolución a cualquier Estado, esa garantía procedimental de evaluación individual del solicitante de asilo y el aseguramiento de la expulsión colectiva no son limitados a la tierra y territorio marítimo de un Estado, pero también en Alta mar, como veremos más adelante en este trabajo. La primera vez que el artículo fue aplicado en relación a hechos ocurridos fuera del territorio del Estado fue en el asunto ya mencionado, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia* que también desarrollaremos a continuación.

5.5. ARTÍCULO 1 DEL PROTOCOLO N°7

“1. El extranjero que resida legalmente en el territorio de un Estado solamente podrá ser expulsado en ejecución de una resolución adoptada conforme a la ley, y deberá poder:

a) hacer valer las razones que se opongan a su expulsión;

b) hacer que se examine su caso, y

c) hacerse representar en esas acciones ante la autoridad competente o ante una o varias personas designadas por dicha autoridad.

2. El extranjero podrá ser expulsado antes de hacer valer los derechos que figuran en los apartados a), b) y c) del párrafo 1 de este artículo cuando su expulsión sea necesaria en interés del orden público o se base en motivos de seguridad nacional.”

El artículo surge para conceder unas garantías mínimas a los extranjeros en caso de ser expulsados del territorio de un Estado parte, añadidas a las demás recogidas en la Sección I del CEDH y en los demás Protocolos.⁷⁸

Hacemos mención aquí al asunto *Kaushal c. Bulgaria* previamente nombrado, en relación a este artículo. El demandante fue expulsado del país sin haber sido cumplidas las garantías enumeradas en el artículo 1 del Protocolo No.7 de la Convención. En primer lugar, considera el Tribunal en el párrafo 48 de la Sentencia, que al haber sido determinado que el artículo 8 de la Convención ha sido vulnerado previamente en la Sentencia, debe concluir que la expulsión no se produjo siguiendo los requerimientos previstos en el Artículo 1 del Protocolo No.7. El Tribunal observa que los tribunales nacionales no habían reunido pruebas suficientes para expulsar al primero de los demandantes, basando la decisión a un mero examen formal, resultando en que el demandante no pudo tener su caso estudiado ni revisado ni haber sido oído en virtud de los posibles argumentos en contra de su expulsión. Concluye el Tribunal que se trata una violación del precepto. (Párrafos 49 y 50)

⁷⁸ La STEDH (Gran Sala) de 28 de mayo de 1985 Asunto Abdulaziz, Cabales and Balkandali c. Reino Unido demanda no. 9214/80; 9473/81; 9474/81 Párrafo 59: “(...) the right of a foreigner to enter or remain in a country was not as such guaranteed by the Convention, but immigration controls had to be exercised consistently with Convention obligations, and the exclusion of a person from a State where members of his family were living might raise an issue under Article 8.”

7. PRINCIPIOS:

7.1. PRINCIPIO DE NO DEVOLUCIÓN

El término *non-refoulement* proviene de la palabra francesa *refouler*, que significa devolver o repeler, como un enemigo que fracasa en romper la defensa del oponente. En el contexto del control de la inmigración en la Europa continental, *refoulement* es el término más “artístico” en palabras de GOODWILL-GILL, de la reconducción a sus fronteras de aquellos que han sido descubiertos entrando ilegalmente y la negativa de admitir aquellos sin los documentos válidos. A ser distinguido de la expulsión o deportación, procesos más formales donde un residente extranjero legal pueda ser requerido de abandonar el Estado.⁷⁹

El principio de *non-refoulement*, conocido también como de no devolución, se consagra en el artículo 33 (1) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados:

“Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los 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.”

El principio de no devolución forma parte del derecho internacional consuetudinario y tendrá carácter *erga omnes*, por lo que aún los Estados no partes en la Convención de 1951 deben respetarlo. Es tan importante este principio que ha sido considerado como “la piedra angular de la protección internacional de los refugiados” por el ACNUR,⁸⁰ rebasando el ámbito de protección de los refugiados.

Aparición en otros textos:

Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes (art.3)⁸¹; El IV Convenio de Ginebra de 1949 (art. 45, párr. 4)⁸²; Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (art. 8)⁸³;

⁷⁹ GOODWIN-GILL, G.S. “*The refugee in international Law (...)*” Pág. 201 La traducción es mía.

⁸⁰ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Opinión consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967. Ginebra: ACNUR, enero de 2007

⁸¹ Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984: art. 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.*”

⁸² Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, 1949. Art.45 Párr. 4: “*Cuando las personas protegidas sean así transferidas, la responsabilidad de la aplicación del presente Convenio incumbirá a la Potencia que haya aceptado acogerlas durante el tiempo que le sean confiadas. Sin embargo, en caso de que esta Potencia no aplique, en todos sus puntos importantes, las disposiciones del Convenio, la Potencia por la cual las personas protegidas hayan sido transferidas, deberá, tras una notificación de la Potencia protectora, tomar medidas eficaces para remediar la situación o solicitar que las personas protegidas le sean devueltas. Se satisfará tal solicitud.*”

⁸³ Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas. Aprobada por la Asamblea General en su resolución 47/ 133 de 18 de diciembre de 1992. Art 8. “*1. Ningún Estado expulsará, devolverá o concederá la extradición de una persona a otro Estado cuando haya motivos*

Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias (principio 5)⁸⁴; Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 22)⁸⁵; Convención sobre los refugiados de la OUA (art. II)⁸⁶.

Será aplicada la obligación del país de acogida del principio de *non-refoulement* a las personas reconocidas oficialmente como refugiadas para las autoridades de ese Estado según la Convención de Ginebra. No obstante, se entenderá aplicable este principio también a los solicitantes de asilo que se hallan a la espera de la resolución de su petición y aún no tengan la condición de refugiado. Tanto es así que le será reconocido este derecho a los solicitantes de asilo en frontera e incluso en Alta mar cuando el Estado en cuestión ejerza *de jure* (El concepto del refugiado según la Convención) o *de facto* (individuos que necesitan protección internacional complementaria) de su jurisdicción. Es aquí donde hacemos alusión al caso *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*⁸⁷ que comentaremos más adelante en el presente trabajo, en el que fue considerado por el Tribunal que los solicitantes de asilo que se encontraban y fueron detenidos por las autoridades italianas en Alta mar, debieron ser protegidas por el Estado italiano por ejercer el mismo su efectiva jurisdicción, aunque no sea en tierra del país.

El principio de *non refoulement* es considerado tan intrínseco a los derechos fundamentales de todos los individuos, que será respetado *ius cogens* y no solo en épocas de paz, sino también en situaciones excepcionales como indican el artículo 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y 4. 2 PIDCP y ha sido consolidado por la doctrina en asuntos como el ya mencionado *Soering c. Reino Unido* (párrafo 88: “*El artículo 3 no establece ninguna excepción y el artículo 15 no permite derogarlo en tiempo*

fundados para creer que corre el riesgo de ser víctima de una desaparición forzada. 2. Para determinar si hay tales motivos, las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, incluida, cuando proceda, la existencia en el Estado interesado de un conjunto de violaciones sistemáticas, graves, manifiestas o masivas de los derechos humanos.”

⁸⁴ Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias. Adopción: Consejo Económico y Social de la ONU. Resolución 1989/65, de 24 de mayo de 1989. Principio quinto: “*Nadie será obligado ni será extraditado a un país en donde haya motivos fundados para creer que puede ser víctima de una ejecución extralegal, arbitraria o sumaria.*”

⁸⁵ Convención americana sobre Derechos Humanos suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos (B-32) San José, Costa Rica, 22 de noviembre de 1969. Art. 22.6: “*El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en la presente Convención, sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley. 7. 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 y los convenios internacionales. 8. En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas. 9. Es prohibida la expulsión colectiva de extranjeros.*”

⁸⁶ Convención de la OUA por la que se regulan los aspectos específicos de problemas de los refugiados en África. Aprobada por la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno en su sexto período ordinario de sesiones (Addis Abeba, 10 de septiembre de 1969) Art. II. 3: “*Ninguna persona será sometida por un Estado miembro a medidas tales como la negativa de admisión en la frontera, la devolución o la expulsión que la obligarían a regresar o a permanecer en un territorio donde su vida, su integridad corporal o su libertad estarían amenazadas por las razones enumeradas en los párrafos 1 y 2 del artículo 1.*”

⁸⁷ STEDH (Gran Sala) de 23 de febrero de 2012, *Asunto Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, demanda no. 27765/2009

de guerra o de otro peligro nacional. (...)”); Assenov c. Bulgaria⁸⁸ (párrafo 93: “(...) el artículo 3 no hace provisiones sobre excepciones y no es admitida derogación por el artículo 15 incluso en el caso de una emergencia pública de peligro para la nación”)⁸⁹; Aksoy c. Turquía⁹⁰ (párrafo 62: “Incluso en las más difíciles circunstancias, como la lucha contra el crimen y terrorismo organizad, la Convención prohíbe en términos absolutos la tortura o tratos inhumanos o degradantes. (...) el artículo 3 no prevé excepciones y no es posible ninguna derogación en base del artículo 15, incluso en el caso de una emergencia pública de peligro para la nación.”⁹¹); Chahal c. Reino Unido⁹² (párrafo 79: “(...) El Tribunal es consciente de las inmensas dificultades enfrentadas por los Estados en los tiempos modernos para proteger sus comunidades de violencia terrorista. No obstante, incluso en esas circunstancias, la Convención prohíbe en términos absolutos la tortura o tratos inhumanos o degradantes independientemente de la conducta de la víctima. (...)”⁹³).

El principio de no devolución es considerado un componente fundamental de la prohibición de la tortura y de los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes⁹⁴ aunque es también de aplicación frente a las vulneraciones del derecho a un proceso con todas las garantías y frente a violaciones del derecho a la vida⁹⁵.

Excepciones:

El artículo 33 de la Convención de Ginebra establece en su párrafo segundo lo siguiente en tenor literal:

“2. Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país.”

Así, las dos únicas excepciones a la prohibición de expulsión de un refugiado son la existencia de razones fundadas para considerar que la persona refugiada es un peligro para la sociedad del país; y la existencia de una condena definitiva por haber cometido un delito particularmente grave que constituya una amenaza para el país. Como indica ACNUR, las excepciones solo tienen cabida en los casos en los que sean el último recurso

⁸⁸ STEDH (Gran Sala) de 28 de octubre de 1998. *Asunto Assenov c. Bulgaria*, demanda no. 24760/94

⁸⁹ La traducción es mía.

⁹⁰ STEDH (Gran Sala) de 18 de diciembre de 1996. *Asunto Aksoy c. Turquía*, demanda no. 21987/93

⁹¹ La traducción es mía.

⁹² STEDH (Gran Sala) de 15 de noviembre de 1996. *Asunto Chahal c. Reino Unido*, demanda no. 22414/93

⁹³ La traducción es mía.

⁹⁴ NACIONES UNIDAS, Comité Ejecutivo del Programa del Alto Comisionado. *Nota sobre protección Internacional*, 13 de septiembre de 2001, A/AC.96/951, p.6

⁹⁵ STEDH (Gran Sala) de 4 de febrero de 2005, *Asunto Mamatkulov y Askarov c. Turquía*, demanda no. 46827/99 y 46951/99 Párrafo 70: “*The Court stresses that in order to raise an issue under Article 3, it must be established that, in the particular circumstances of the case, there was a real risk that the applicants would be subjected to treatment contrary to Article 3.*”; STEDH (Sección Quinta) de 10 de agosto de 2006, *Asunto Olaechea Cahuas c. España*, demanda no. 24668/03 párrafo 61: “*La Cour considère qu'il faut évaluer l'existence d'un risque de déni de justice flagrant dans le pays de destination, comme le risque de traitements contraires à l'article 2 et/ou à l'article 3, en se référant par priorité aux circonstances dont l'Etat contractant avait ou devait avoir connaissance au moment de l'extradition.*”

para proteger los intereses legítimos del país.⁹⁶ Por lo consiguiente, la única forma para aplicar esta excepción al principio de no devolución, será, en el caso de la “seguridad del país”, la existencia de una prueba individualizada de que el refugiado efectivamente representa un peligro grave y nunca de menor grado para la seguridad nacional del país de acogida en la actualidad o en el futuro.⁹⁷

En el caso de la excepción de amenaza para la comunidad, el sujeto en cuestión no solo deberá haber sido objeto de una condena por un delito particularmente grave, sino que se deberá establecer a la luz del delito y condena del refugiado que constituye una amenaza muy grave en la actualidad o futuro para la comunidad del país de acogida. Es decir, el hecho de que una persona haya sido condenada por un delito particularmente grave no significa, de por sí, que la misma cumple con el requisito de representar “una amenaza para la comunidad”. Dependerá el caso de las circunstancias y naturaleza del delito y otros factores importantes como la evidencia o probabilidad de reincidencia.⁹⁸

En cualquier caso, la deportación de un refugiado es legal sólo si es necesaria y proporcionada, se deberá dar una relación racional entre la deportación del refugiado y la eliminación del peligro que corre el país de acogida y además, el riesgo de éste último deberá ser más importante que el peligro de daño a la persona requerida como resultado de la devolución.⁹⁹

Además, para establecer que se dan una de las excepciones del artículo 33.2 se deberá someter el caso a un proceso que ofrezca las garantías adecuadas, siéndole aplicadas como mínimo las salvaguardas procesales que se requieran para la expulsión en el artículo 32 de la Convención de 1951 que prevé la expulsión de un refugiado a otro país, siempre y cuando no sea el mismo donde el individuo tema la persecución, por motivos de seguridad nacional y orden público. Las garantías que ofrece el precepto incluyen el derecho a ser escuchado y el derecho a apelar, además del derecho a tener tiempo para solicitar la admisión legal en otro país.

Los casos en los que concurra el principio de no devolución con el riesgo de exposición a torturas, la protección será más grande y las actividades ejecutadas por la persona carecen de relevancia, por peligrosas o indeseables que resulten, concediendo un mayor estándar de protección al artículo 3 del CEDH que al de los artículos 32 y 33 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951.

⁹⁶ACNUR. *Note on expulsion of Refugees EC/SCP/3*. 24 de Agosto de 1977 “(...) that a refugee should only be expelled as a last resort and as the only practicable means of protecting the legitimate interests of the State.”

⁹⁷ Véase ACNUR, *Suresh Factum*, nota al pie de página 13, en los párrafos 68-73. Véase también E. Lauterpacht y D. Bethlehem, nota al pie de página 8 en el párrafo 164-166. Véase también A. Grahl-Madsen, *Commentary on the Refugee Convention*, Articles 2-11, 13-37, publicado por el ACNUR (1997), comentario al artículo 33, párrafo (8), donde las discusiones de los redactores de la Convención de 1951 sobre este aspecto se resumen de la siguiente manera: “*Generally speaking, the ‘security of the country’ exception may be invoked against acts of a rather serious nature, endangering directly or indirectly the constitution, government, the territorial integrity, the independence, or the external peace of the country concerned*”

⁹⁸ ACNUR. Sección de Operaciones de Protección y Asesoría Legal. División de Servicios de Protección Internacional. *Nota del ACNUR sobre las garantías diplomáticas y la protección internacional de los refugiados*. Ginebra, agosto de 2006.

⁹⁹ ACNUR, *Suresh Factum* nota al pie de página 13, en los párrafos 78-84; Véase también E. Lauterpacht y D. Bethlehem, nota al pie de página 8 en los párrafos 177-179.

ACNUR se encarga de supervisar la manera en la que los Estados Contratantes aplican el Convenio de Ginebra, indicando el principio de “no devolución” en su Nota sobre Protección Internacional del 13 de septiembre de 2001.¹⁰⁰

Se reitera el mismo principio en el Anexo a la Decisión del Consejo del 26 de abril de 2010¹⁰¹ al indicar entre sus principios generales que:

“1.2. Ninguna persona podrá ser desembarcada en un país ni entregada a sus autoridades si ello vulnera el principio de no devolución, o si existe el riesgo de que sea expulsada de tal país o repatriada a otro vulnerando dicho principio. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1.1, las personas interceptadas o rescatadas serán debidamente informadas, con el fin de que puedan expresar las razones por las que creen que el desembarco en el lugar propuesto vulneraría el principio de no devolución.”

7.2. PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN DE LA EXPULSIÓN

El artículo 32 de la Convención de Ginebra indica en su apartado primero que:

“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 u orden público”

Analizaremos a continuación los conceptos que extraemos del anterior precepto.

En primer lugar, entenderemos “no expulsarán” como referente al anteriormente descrito Principio de no devolución, puesto que la expulsión de una persona al país perseguidor contravendría directamente a tal principio.¹⁰²

En segundo lugar, la prohibición de expulsión es referida a los refugiados “que se hallen legalmente en el territorio de tales Estados”. Tendremos que analizar así cuándo una persona refugiada se considera “legal” o “ilegal”.

¹⁰⁰ ACNUR. Asamblea General A/AC.96/951, 13 de septiembre de 2001. párrafo 16: “(...)es un principio básico de protección consagrado en el Convenio que no admite reservas. En muchos aspectos, el principio es el complemento lógico del derecho de solicitar asilo reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos. Se ha convertido en una norma del derecho consuetudinario internacional con carácter obligatorio para todos los Estados. Además, el derecho internacional de los derechos humanos ha establecido el principio de no devolución como un componente fundamental de la prohibición absoluta de la tortura y de los tratos o las penas crueles, inhumanos o degradantes. También se reconoce que la obligación de no devolución afecta a los refugiados independientemente de su reconocimiento oficial y, por lo tanto, incluye a los solicitantes de asilo cuya situación todavía no se haya determinado. Abarca todas las medidas atribuibles a un Estado que puedan tener como consecuencia la devolución de un solicitante de asilo o a un refugiado a las fronteras de territorios en los que su vida o su libertad se encontrarían amenazadas o donde correrían el riesgo de ser perseguidos. Esto incluye el rechazo en la frontera, la interceptación y la devolución indirecta, tanto en casos individuales como en situaciones de afluencia masiva.”

¹⁰¹ Decisión del Consejo del 26 de abril de 2010 por la que se completa el Código de fronteras Schengen por lo que se refiere a la vigilancia de las fronteras marítimas exteriores en el marco de la cooperación operativa coordinada por la Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea (2010/252/EU)

¹⁰² GORTÁZAR ROTAECHE, C.J. “Derecho al asilo...” op. cit., pág. 146

7.3. PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN DE SANCIONES POR ENTRADA ILEGAL, PROHIBICIÓN DE LA DETENCIÓN Y OTRAS RESTRICCIONES DE CIRCULACIÓN

El artículo 31 de la Convención de Ginebra dicta:

“1. Los Estados Contratantes no impondrán sanciones penales, por causa de su entrada o presencia ilegales, a los refugiados que, llegando directamente del territorio donde su vida o su libertad estuviera amenazada en el sentido previsto por el artículo 1, hayan entrado o se encuentren en el territorio de tales Estados sin autorización, a condición de que se presenten sin demora a las autoridades y aleguen causa justificada de su entrada o presencia ilegales.

2. Los Estados Contratantes no aplicarán a tales refugiados otras restricciones de circulación que las necesarias; y tales restricciones se aplicarán únicamente hasta que se haya regularizado su situación en el país o hasta que el refugiado obtenga su admisión en otro país. Los Estados Contratantes concederán a tal refugiado un plazo razonable y todas las facilidades necesarias para obtener su admisión en otro país.”

Las consideraciones que haremos al respecto comienzan, indudablemente, por matizar la inclusión dentro del término “refugiado” de los solicitantes de asilo o “presuntos refugiados”. Las condiciones que impone el artículo en su primer apartado son la llegada directa del territorio donde su vida o libertad estuviera amenazada¹⁰³; y que se presenten los individuos sin demora ante las autoridades, exigiéndose esa necesidad de inmediatez únicamente para la aplicación de los beneficios del artículo 31 de no imponer sanciones por razón de entrada o estancia ilegal, como indica GORTÁZAR ROTAECHE, y no la interpretación equivocada -según la autora- de los Estados de imposición de unos plazos sólidos preclusivos por los cuales no cabe solicitar el reconocimiento de la condición de refugiado.¹⁰⁴

7.4. PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN

Consagrado en el art. 3 de la Convención de Ginebra dispone que “*Los Estados Contratantes aplicarán las disposiciones de esta Convención a los refugiados, sin discriminación por motivos de raza, religión o país de origen*”. Este principio se consagra también en otros textos, como es la DUDH en su artículo segundo: “*Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición (...)*”; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 2: “*2.1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. (...)*” y 26: “*Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la*

¹⁰³ Requisito expuesto en respuesta a la particular preocupación por parte de Francia, razonando que a quien “ya ha encontrado asilo” no se le debe permitir el moverse libremente de un país a otro sin cumplir las formalidades exigidas en las fronteras. La dicha preocupación venía a raíz del caso de un refugiado que, habiendo encontrado refugio en Francia, entró en Bélgica ilegalmente, sin que obviamente su vida o libertad se viesen en peligro en ningún momento. Así explica GOODWILL-GILL en “*The Refugee in International Law*” y critica la consideración.

¹⁰⁴ GORTÁZAR ROTAECHE, CRISTINA J. “*El derecho al asilo...*” op. cit., p. 144-145

ley(...)”; o la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial¹⁰⁵ en su artículo 5: “*En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico(...)*”.

Algunas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconocen la existencia en una multitud de ocasiones de discriminación por origen entre estados miembros de la Unión Europea.¹⁰⁶

7.5. PRINCIPIO DE UNIDAD FAMILIAR

El derecho a la unidad familiar se encuentra consagrado en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos como hemos expuesto supra.

Se integra el mismo en el derecho a la vida familiar y se aplica a todos los seres humanos, es reconocido en múltiples instrumentos internacionales de ámbito universal como son la DUDH en su artículo 12: “*Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio(...)*”; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 17 “*Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación(...)*” y 23 “*La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado(...)*”; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 10: “*Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo(...)*”; y en la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 9: “*Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño(...)*”.

¹⁰⁵ Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965

¹⁰⁶ Véase STEDH (Gran Sala) de 25 de marzo de 2014 *Asunto Biao c. Dinamarca*, nº 28590/10 Párrafo 138: “*In conclusion, having regard to the very narrow margin of appreciation in the present case, the Court finds that the Government have failed to show that there were compelling or very weighty reasons unrelated to ethnic origin to justify the indirect discriminatory effect of the 28-year rule. That rule favours Danish nationals of Danish ethnic origin, and places at a disadvantage, or has a disproportionately prejudicial effect on persons who acquired Danish nationality later in life and who were of ethnic origins other than Danish.*”; STEDH (Gran Sala), de 8 de abril de 2014 *Asunto Dhahbi c. Italia*, nº 17120/09 Párrafo 54: “*In view of the foregoing, the justification advanced by the Government does not appear reasonable and the difference in treatment that has been established is thus discriminatory for the purposes of Article 14 of the Convention. There has therefore been a violation of Article 14 taken in conjunction with Article 8 of the Convention*” STEDH, (Sección Primera) de 11 de diciembre de 2014 *Asunto Mohamad c. Grecia*, nº 70586/11 Párrafo 89: “*La Cour ne relève aucune apparence de violation des droits invoqués par le requérant. La Cour conclut donc que cette partie de la requête est manifestement mal fondée et doit être rejetée en application de l'article 35 §§ 3 a) et 4 de la Convention.*”

Indica ACNUR¹⁰⁷ que, “*aunque el derecho a procurar y gozar del asilo en otro país es un derecho humano individual, el refugiado no debe verse como un individuo aislado de su familia*”. Expresa igualmente que ese derecho a la unidad familiar en el contexto de los refugiados no se debe ver únicamente como la abstención de los Estados que “*desestabilizarían a una familia intacta, sino que actúe para permitir que una familia dispersa se reúna sin regresar a un país donde correría peligro.*”

Es de consideración también que la misma premisa del derecho a la unidad familiar de los refugiados se cruza con el derecho de los estados a tomar decisiones sobre la entrada o permanencia de los extranjeros, como también indica la ACNUR, aunque dicha complejidad -entre algunas otras- no desvirtúa la existencia de derechos, sino adelantan que deberá ser cuidadosamente aclarado desde una óptica jurídica.

En la práctica, la unidad familiar de los refugiados consiste en la no separación de la familia intacta por parte de los Estados, y la garantía de medidas efectivas para mantener a la familia como una unidad. En este sentido, al momento de determinar la condición de refugiado de una persona, sus familiares acompañantes también tendrán reconocida la misma protección¹⁰⁸. Las personas refugiadas tienen además el derecho de reagrupación familiar en los Estados Miembros, regulado por la Directiva 2003/86/CE.¹⁰⁹

8. CASUÍSTICA:

Seguidamente vamos a entrar en desarrollo de algunos de los casos más relevantes para la materia estudiada en el presente trabajo en relación con los principales artículos del mismo.

Los casos en los que se aplican estos artículos son, en su mayoría, los que contemplan las circunstancias de los refugiados, que suelen ser también los más difíciles. Los problemas con los que se encuentran los jueces son en primer lugar, las fuentes de información, puesto que no es posible conocer la situación económica, política, médica... de cada destino y el nacimiento de la necesidad de hacer un análisis profundo a nivel nacional, con fuentes adicionales y seguridades diplomáticas.

8.1. CASO HIRSI JAMAA Y OTROS CONTRA ITALIA

STEDH (Gran Sala) de 23 de febrero de 2012. Asunto *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*
Demanda no. 27765/09

La sentencia que marcó un antes y un después en materia de derechos humanos de los casos de inmigración irregular y en la que por primera vez se condena a un Estado por la violación del art. 4 del Protocolo nº4 en relación con hechos cometidos fuera de su territorio es el caso de *Hirsi Jamaa y otros contra Italia*, del 23 de febrero de 2012.

¹⁰⁷ Protección de los refugiados en el derecho internacional: Consultas Globales del ACNUR sobre Protección Internacional. Barcelona: Icaria-ACNUR, 2010 p.617

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 633

¹⁰⁹ Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a reagrupación familiar

En el año 2009, el mes de mayo, más de 200 personas procedentes de Libia fueron interceptadas por las autoridades italianas al intentar alcanzar sus costas, siendo trasladados a los navíos militares italianos, privados de documentación y efectos personales y llevados a Trípoli, sin que se les indique que su destino final de viaje no será Italia. Tampoco se identificó a los inmigrantes ni se informó sobre su situación personal. No se les permitió tampoco plantear su deseo de solicitar asilo. Fueron entregados a las autoridades libias. Así, 24 de los refugiados, procedentes de Somalia y Eritrea plantean el asunto ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Dos de ellos, fallecieron en extrañas circunstancias días después de ser entregados a las autoridades libias. ¹¹⁰¹¹¹

El gobierno italiano alegó haber hecho un acuerdo bilateral con Libia para luchar contra la inmigración ilegal¹¹², con una entrada en vigor el 4 de febrero de 2009, alegando contribuir así a salvar vidas en el mar y que no se trató de una operación policial marítima. Alegan el no haber tenido lugar los acontecimientos, por tanto, bajo su jurisdicción y que por ende, no pueden ser responsabilizados ¹¹³.

Respecto esta última cuestión, el Tribunal aclaró que la jurisdicción de los Estados Contratantes no se limitará estrictamente a su territorio y recuerda su sentencia en el caso *Loizidou* que la responsabilidad del art. 1 del Convenio también podría verse comprometida cuando, a consecuencia de una acción militar -ya sea legítima o no- la Alta Parte Contratante ejerce un control efectivo sobre una zona fuera de su territorio nacional.¹¹⁴ Explica así que cuando un Estado ejerce control y autoridad mediante agentes que operan fuera de su territorio, ejerce por tanto su jurisdicción sobre el individuo y tiene la obligación, en virtud del artículo 1, de garantizar al mismo todos los derechos y libertades previstos en el Título 1 del Convenio que sean pertinentes en la situación del mismo.¹¹⁵ El mismo Gobierno Italiano reconoce que los hechos ocurrieron en alta mar, entonces, su propia intercepción demuestra el control efectivo que tuvieron sobre los demandantes, ocurriendo los hechos exclusivamente a bordo de barcos de las fuerzas armadas italianas, compuestas por tripulaciones únicamente de personal militar italiano, consolidando así un control continuo y exclusivo de las autoridades italianas. Además,

¹¹⁰ ACNUR, Comunicado de prensa de 7 de mayo de 2009

¹¹¹ El señor Mohamed Abukar Mohamed y el señor Hasan Shariff Abbiraham murieron en circunstancias desconocidas tras los acontecimientos en cuestión. (p.15 de la sentencia)

¹¹² El 29 de diciembre de 2007, Italia y Libia firmaron en Trípoli un acuerdo bilateral de cooperación para luchar contra la inmigración clandestina. En esa misma fecha, los dos Estados firmaron un Protocolo adicional que establecía las disposiciones operativas y técnicas para la ejecución del Acuerdo. El 4 de febrero de 2009, Italia y Libia firmaron un Protocolo Adicional en Trípoli, con la intención de reforzar la cooperación bilateral en la lucha contra la inmigración clandestina. Este Protocolo modificaba parcialmente el acuerdo del 29 de diciembre de 2007, en particular, mediante la inclusión de un nuevo artículo, el cual disponía: “*Los dos Estados se comprometen a organizar patrullas marítimas con equipos conjuntos, compuestos por tantos profesionales italianos como libios, con un nivel de experiencia y habilidad equivalente. En aguas territoriales libias e internacionales, las patrullas serán supervisadas por personal libio y contarán con la participación de miembros italianos del equipo; y en aguas italianas e internacionales, serán supervisadas por personal italiano, con la participación de miembros del equipo libios. Los buques ofrecidos por Italia, en cumplimiento del artículo 3 del Acuerdo del 29 de diciembre de 2007, pasarán a ser definitivamente propiedad de Libia. Los dos Estados se comprometen a repatriar inmigrantes clandestinos y a concluir acuerdos con los países de origen con el fin de limitar la inmigración clandestina. Según una declaración del ministerio de Defensa italiano, los acuerdos entre Italia y Libia fueron suspendidos tras los acontecimientos de 2011.*” (TEDH, Asunto *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, nº27765/09, 23 de febrero de 2012, p.19 y 21)

¹¹³ Ver STEDH Asunto *Hirsi Jamaa y otros c. Italia* p. 65 y 66

¹¹⁴ Véase *Loizidou contra Turquía* (excepciones preliminares) [GS], 23 de marzo de 1995, párrafo 62, Serie A núm. 310

¹¹⁵ STEDH (Gran Sala) de 23 de febrero de 2012 Asunto *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, demanda no. 27765/09 párrafo 74

como se estipula en la Convención de las Naciones Unidas de 1982 sobre el Derecho del Mar en su artículo 92 y 94, los buques que hubiesen navegado bajo el pabellón de un solo Estado estarán sometidos a la jurisdicción exclusiva de ese Estado.¹¹⁶ En el mismo sentido, resaltar que la mayoría de las migraciones con destino europeo son marítimas y resulta lógico que en Alta Mar sea precisamente donde tengan lugar. Por todo ello, los hechos que motivaron esta sentencia tuvieron lugar dentro de la jurisdicción italiana, en el sentido del artículo 1 del Convenio.

El Tribunal entiende que se ha producido una violación del artículo 3 de la Convención¹¹⁷, al haber sido expuestos los demandantes a un riesgo de ser torturados o ser sometidos a tratos inhumanos o degradantes tanto en Libia, como en sus respectivos países de origen, Somalia y Eritrea. Ello es así visto por una doble perspectiva, el efectivo riesgo de ser sometidos a tratos inhumanos y la responsabilidad de Italia al permitir la devolución al país de origen. El Tribunal considera, por tanto, probada, la situación preocupante de los inmigrantes clandestinos en Libia en el momento de los hechos, a raíz de múltiples informes de organizaciones gubernamentales y órganos internacionales. Según los mismos, el Estado libio no cumplía con ninguna de las normas sobre protección de los refugiados. Los individuos que entrasen en el país de forma ilegal fueron considerados clandestinos y no se establecía diferencia ninguna entre inmigrantes ilegales y solicitantes de asilo. Por ello, los individuos fueron arrestados y permanecían detenidos en condiciones inhumanas.¹¹⁸

Las autoridades italianas trataron de alegar que los recurrentes no podrían ser considerados “víctimas” por no haber sido Italia quien haya propiciado los malos tratos. El Tribunal difiere e indica que al devolver a los demandantes a Libia, las autoridades italianas eran plenamente conscientes de las circunstancias existentes y expusieron a los demandantes a tratos prohibidos por el Convenio. Se rechaza así por completo la excepción del Gobierno italiano relativa a la falta de condición de víctima.¹¹⁹ Otra consideración del Gobierno italiano fue la consideración de Libia como “*un país seguro*”, justificándose con la presunción según la cual Libia había cumplido con sus obligaciones internacionales en materia de asilo y protección de refugiados hasta aquel entonces. Es precisamente el incumplimiento de esas obligaciones internacionales una de las alegaciones formuladas contra el país mediante informes internacionales. El Tribunal aclara que la existencia de normas internas no es suficiente para proporcionar una protección adecuada contra el riesgo de malos tratos en casos como el presente. Italia tampoco podría eludir sus responsabilidades invocando los acuerdos bilaterales con Libia, pues la responsabilidad de las Altas Partes Contratantes continúa existiendo, aunque se hayan comprometido a cumplir con otros acuerdos firmados.

Sobre esta alegación ya era doctrina consolidada por el Tribunal que la interpretación del artículo 3 abarcará la responsabilidad del Estado si realizase un acto

¹¹⁶ Artículo 92 Convenio de Montego Bay: “1. Los buques navegarán bajo el pabellón de un solo Estado y, salvo en los casos excepcionales previstos de modo expreso en los tratados internacionales o en este Convenio, estarán sometidos, en la alta mar, a la jurisdicción exclusiva de dicho Estado ...” Artículo 94 Convenio de Montego Bay: “1. Todo Estado ejercerá de manera efectiva su jurisdicción y control en cuestiones administrativas, técnicas y sociales sobre los buques que enarbolan su pabellón...”

¹¹⁷ Artículo 3. Prohibición de la tortura: “Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o denigrantes”

¹¹⁸ Según informes de las delegaciones de ACNUR, Human Rights Watch y Amnistía Internacional. Las organizaciones denunciaron numerosos casos de torturas, condiciones de higiene mediocres y ausencia de asistencia médica apropiada. (p.125)

¹¹⁹ STEDH (Gran Sala) de 23 de febrero de 2012 *Asunto Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, demanda no. 27765/09 Párrafos 137 y 138

cuyo resultado directo es la exposición a alguien a un riesgo de maltrato. Así, tras el análisis de la situación en Libia el riesgo real de maltrato, ya clarificado por los informes de los organismos y organizaciones que intervinieron en el proceso, se entiende que las autoridades italianas sabían, o deberían haber sabido, que los demandantes se verán expuestos a tratos contrarios al Convenio en Libia¹²⁰.

Es importante destacar, en virtud del principio de no devolución, que ninguna de las disposiciones de la legislación internacional que el Gobierno alegó en el caso legitiman la devolución de los demandantes a Libia. Principio que como ya hemos indicado *supra*, se contempla también en el artículo 19 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Es más, el propio señor vicepresidente de la Comisión Europea, Jacques Barrot, subraya en su carta del día 15 de mayo de 2009 que es crucial cumplir con el principio de no devolución en el contexto de operaciones llevadas a cabo en alta mar por países miembros de la Unión Europea.

Respecto las preocupaciones de los demandantes de ser devueltos a sus países de origen, donde existía la posibilidad de que fueran sometidos a torturas u otras formas de malos tratos, ACNUR, Human Rights Watch y Amnistía Internacional aseguran que en Libia eran frecuentes y que los individuos repatriados forzosos a Eritrea y Somalia corren riesgo de ser sometidos a torturas o tratos inhumanos o degradantes y estar expuestos a condiciones de vida extremadamente precarias. Estos hechos en Somalia fueron ya consolidados en el asunto *Sufi y Elmi*, constatando el Tribunal que se dan unos graves niveles de violencia en Mogadiscio y un aumento de riesgo para las personas devueltas a este país de verse obligados a transitar por zonas afectadas por conflictos armados. El Tribunal considera lo suficientemente probado que la repatriación supondría una violación del artículo 3 del Convenio. No solo por los informes y sentencias previas del Tribunal, sino por los hechos probados referentes a la legislación. Libia no ha ratificado el Convenio de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados; y no ha reconocido validez ninguna al estatuto del refugiado otorgado por ACNUR (por tanto, la presencia de ACNUR en Trípoli no constituye una garantía como protección de los solicitantes de asilo).

El caso *Hirsi Jamaa y otros c. Italia* marca un antes y un después en la historia del Tribunal, al ser la primera vez en que se determina si el artículo 4 del Protocolo Núm.4 es aplicable a casos relativos a expulsiones de extranjeros a un país tercero llevadas a cabo fuera del territorio nacional. Se determina así si el traslado de los demandantes a Libia se puede considerar como una “expulsión colectiva de extranjeros”.

Así, se consideró por unanimidad la violación del art. 4 del Protocolo 4¹²¹ por considerar que la transferencia de los demandantes se hizo en ausencia de toda forma de examen de la situación individual de cada uno y por tanto constituye una expulsión colectiva.

¹²⁰ Numerosos informes han sido publicados por organizaciones nacionales e internacionales y por organizaciones no gubernamentales, en los que se condenan las condiciones de detención y de vida de los emigrantes ilegales en Libia. Los informes principales son los siguientes: (i) Human Rights Watch, “Libia, deteniendo el flujo. Abusos contra Emigrantes, Solicitantes de Asilo y Refugiados”, septiembre de 2006; (ii) Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, “Conclusiones. Jamahiriya Árabe Libia”, 15 de noviembre de 2007; (iii) Amnistía Internacional, “Libia - Informe de Amnistía Internacional, 2008”, 28 de mayo de 2008; (iv) Human Rights Watch, “Derechos amenazados en Libia”, 2 de septiembre de 2008; (v) Departamento de Estado de los Estados Unidos, “Informe sobre Derechos Humanos 2010: Libia”, 4 de abril de 2010.(párrafo 42 sentencia *Hirsi Jamaa*)

¹²¹ Artículo 4 Protocolo nº 4. Prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros: “*Quedan prohibidas las expulsiones colectivas de extranjeros*”

El Gobierno italiano trataba de defender la no aplicación del precepto en el caso presente por no tratarse de su territorio, manteniendo que las medidas que tomaron no se trataron de una “expulsión” sino más bien un rechazo a autorizar a unos individuos a entrar en su territorio nacional. El Tribunal rechaza dicha tesis, indicando que dicho artículo no hace referencia ninguna a la noción de “territorio” y el hecho de que los casos hasta ahora planteados ante el Tribunal hubiesen sido dentro del país en cuestión no se debe entender como una limitación a la interpretación del artículo.

No obstante, para la determinación de la aplicación correcta del citado artículo, es importante establecer su objetivo. Así, es jurisprudencia consolidada del Tribunal que el art. 4 del Protocolo Núm.4 persigue impedir que los Estados puedan expulsar a determinados extranjeros sin antes examinar sus circunstancias personales y así, sin dejarles presentar sus argumentos en contra de la medida adoptada por la autoridad competente. Si se aplicase entonces dicho artículo exclusivamente en los casos de expulsiones colectivas dentro del territorio nacional de los Estados parte del Convenio, una parte importante de las tendencias migratorias actuales quedarían fuera de su ámbito de aplicación, como ya mencionamos anteriormente. Estaríamos así ante un artículo ineficaz en la práctica de una realidad cada vez más presente, las migraciones en alta mar, sin poder antes los individuos beneficiarse de un examen de sus circunstancias personales, a diferencia de aquellos que transitan por la tierra.

Como ya definimos anteriormente, el término de “jurisdicción” se interpretará también aplicable en los casos como el presente, fuera del territorio nacional. Cabe aquí destacar una argumentación muy importante por parte del Tribunal, indicando que la naturaleza especial del medio marítimo no justifica la existencia de una zona de no derecho, en la que los individuos se encuentren desprovistos de un sistema jurídico susceptible de proteger los derechos y garantías de los que disfrutaban en virtud del Convenio y que los Estados se han comprometido a garantizar a toda persona bajo su jurisdicción.¹²²

Por todo ello, considera el Tribunal que las expulsiones de extranjeros llevadas a cabo en el marco de intercepciones en alta mar por parte de las autoridades de un Estado que ejerza su competencia soberana y que tengan como efecto el impedir a los migrantes llegar a las fronteras de ese Estado o conducirlos hacia otro, constituyen un ejercicio de jurisdicción en el sentido del art. 1 del Convenio, que igualmente implica la responsabilidad del Estado en relación del artículo 4 del Protocolo Núm. 4.

En el presente caso los demandantes fueron trasladados a Libia sin examen previo alguno de la situación individual de cada uno, no solo porque no se les hizo ninguno sino porque el propio personal a bordo de los buques militares no estaba capacitado para realizar entrevistas individuales y no disponían de intérpretes ni asesores legales. Es imposible por tanto que se den las garantías necesarias para asegurar que se hubiese llevado a cabo un examen real y detenido de cada una de las personas implicadas.

Respecto a la violación del artículo 13 del Convenio¹²³, la pretensión de los demandantes fue que las intercepciones en alta mar operadas por las autoridades italianas no estaban previstas en la ley y por ello, fueron privados de toda oportunidad de presentar

¹²² STEDH (Gran Sala) de 29 de marzo de 2010. *Asunto Medvedyev y otros c. Francia*, demanda no.3394/03, Párrafo 81

¹²³ Artículo 13 del Convenio: “*Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados, tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales.*”

un recurso contra su devolución a Libia y alegar la violación de los citados hasta el momento artículos. Indican que las autoridades italianas no identificaron a los emigrantes interceptados y no tuvieron acceso a un tribunal, consideración lógica al encontrarse a bordo de navíos.

El Gobierno alegó en su defensa que precisamente el hecho de encontrarse a bordo de navíos supuso una imposibilidad para garantizar a los demandantes el acceso a un tribunal nacional y que los demandantes deberían haber presentado un recurso ante los tribunales nacionales para obtener un reconocimiento de las presuntas violaciones del Convenio. El Tribunal constató finalmente que dadas las circunstancias del asunto, los demandantes no dispusieron de vía de recurso alguna para poder permitirles presentar sus agravios, considerando que se ha producido una violación del artículo 13 en relación de ambos artículos 3 del Convenio y el artículo 4 del Protocolo Núm.4.

8.2. SOERING CONTRA REINO UNIDO 1989

STEDH (Gran Sala) de 7 de julio de 1989. Asunto *Soering c. Reino Unido*, demanda no. 14038/88

El 30 de marzo de 1985 William Reginald Hasom y Nancy Astor Haysom, de nacionalidad canadiense, fueron asesinados en su casa. Por el crimen fue reconocido como culpable el señor Jens Soering, de nacionalidad alemana, que fue a Estados Unidos de América con una beca de excelencia para estudiar en la Universidad de Virginia, que había reconocido cometer los crímenes porque según dijo, estaba enamorado de la hija pero al oponerse los padres a la relación, los dos planearon acabar con sus vidas. Elisabeth Haysom (la señorita en cuestión) y Jens Soering desaparecieron juntos en octubre de 1985 pero fueron descubiertos en abril de 1986 en Inglaterra y detenidos por las autoridades. El 13 de junio de 1986, el “gran jurado” del Tribunal de distrito del Condado de Bedford acusó al sujeto de asesinato, correspondiéndole la pena de muerte por el asesinato del matrimonio Haysom. El 11 de agosto de 1986 el Gobierno Estadounidense pidió la extradición del señor Soering y la señorita Haysom en virtud del Tratado de extradición angloamericano de 1972. La Embajada británica en Washington responde a esta petición el 29 de octubre de 1986, indicando que la pena de muerte ha sido suprimida en Gran Bretaña y la Embajada está obligada a asegurar la seguridad del señor Soering y en ningún caso puede permitir que se ejecute la pena de muerte impuesta. El 30 de diciembre de 1986, un Fiscal alemán interrogó al señor Soering, dictando un mandamiento de prisión contra el mismo, el 11 de febrero de 1987 y, posteriormente, solicitando el 11 de marzo la extradición.

El señor Soering declara que no se opondría a la extradición a la República Federal de Alemania, pero recurrió todas las resoluciones relativas a su extradición hacia Estados Unidos, donde temía sufrir violencias físicas y servicios homosexuales por parte de otros presos del “corredor de la muerte” hasta su eventual pena de muerte. Acude así a la Comisión el 8 de julio de 1988, con la demanda número 14038/88, alegando que temía el grave peligro de ser condenado a muerte si se le entregase a Estados Unidos y, teniendo

en especial cuenta el “síndrome del pasillo de la muerte”¹²⁴, sufría también un trato y una pena inhumanos y degradantes, opuestos al artículo 3 del Convenio. La Comisión admitió a trámite la demanda el 10 de noviembre de 1988. Tras la explicación y análisis por parte del Tribunal de las legislaciones tanto inglesa, como alemana, como estadounidense y los tratados entre dichos países, consideró el Tribunal que la extradición puede suscitar un problema en relación con el artículo 3. (párrafo 91)

Respecto el artículo 3, indica el Tribunal que no hay excepción al mismo y se trata de una prohibición absoluta, reconocido como uno de los valores fundamentales de las sociedades democráticas que forman el Consejo de Europa, y también como una norma internacionalmente aceptada.

El tribunal analiza la extradición del individuo como un supuesto en el que cabe responsabilidad para el Estado contratante según el artículo 3 del Convenio y es así como considera en su párrafo 88 que “(...) *si se entregara a sabiendas un fugitivo – por odioso que sea el delito que se le atribuyera- a otro Estado habiendo serios motivos para suponer que existía un peligro de que se le torturara (...) la extradición en tales circunstancias se opondría al espíritu del precepto*”. Indica además en el párrafo 90 que “*En principio, no corresponde a los órganos del Convenio resolver sobre las violaciones futuras. Sin embargo, hay que hacer una excepción a esta regla general cuando un fugitivo alega que la ejecución de la resolución de extradición infringirá el artículo 3 (...). **Está en juego la eficacia de la garantía que establece el precepto**, a la vista de la gravedad y del carácter irreparable del posible sufrimiento del interesado*”¹²⁵.

Para considerar que se incide en el artículo 3, un mal trato o una pena deben llegar a un mínimo de gravedad, y así considera la sentencia que “(...) *depende del conjunto de las circunstancias del caso, y especialmente del carácter del contexto del trato o de la pena y de sus modos de ejecución, de su duración, de sus efectos físicos y mentales y, a veces, del sexo, de la edad y de la salud de la víctima.*” (párrafo 100)

Respecto el derecho a la vida consagrado en el artículo 2, recuerda el tribunal en el punto 102 que la pena de muerte ya no existe en tiempo de paz en los Estados Contratantes (la sentencia es previa al Protocolo 13 de 2002 mencionado *supra* por el que se prohíbe la pena de muerte de forma absoluta) y en los pocos en los que se conserva las condenas que se dictan no se ejecutan en la actualidad. No obstante, el Protocolo nº6 por el que se prohíbe la pena capital en tiempo de paz, no ha sido ratificado a la fecha de la presente sentencia por parte de Reino Unido. Por ello, se analizó si la pena de muerte se puede ver como un mal trato prohibido por el artículo 3, y es que indica la sentencia que “*El Convenio se ha de interpretar como un todo; por tanto, el artículo 3 se ha de examinar de acuerdo con el 2 (...) La práctica posterior, en materia de la política penal nacional, en forma de abolición generalizada de la pena capital, podría entenderse como prueba de la conformidad de los Estados contratantes para derogar la excepción contenida en el artículo 2.1 y, por tanto, para suprimir la expresa limitación de la posible interpretación evolutiva del artículo 3.*” No obstante, consideró el tribunal que no se puede interpretar el artículo 3 como si prohibiera en principio la pena de muerte, ya que las Partes contratantes siguieron la vía de modificación común y acostumbrada, mediante

¹²⁴ El fenómeno se describe por primera vez en el presente caso *Soering c. Reino Unido*. Una definición básica del mismo sería la combinación de una serie de circunstancias a las que un prisionero estaría expuesto si se le tuviese retenido en solitario esperando la ejecución de la condena de muerte. Ver HARRISON, KAREN y TAMONY, ANOUSKA, 2010 “*Death row phenomenon, death row syndrome and their effect on capital cases in the US*”, Internet Journal of criminology

¹²⁵ La negrita es mía

el Protocolo nº6, de elegir el momento voluntario en el que cada Estado contraerá el compromiso y Reino Unido aún no lo había hecho. Todo ello no significa que las circunstancias que rodeen la imposición de la pena de muerte no vulneren el artículo 3, como finalmente determina el tribunal.

En su voto particular disidente, el señor Trechsel hace una consideración importante sobre el vínculo entre los dos artículos, indicando que:

“Puede parecer sorprendente que el Convenio prohíba los tratos inhumanos y degradantes, pero permita la pena capital que es un claro ejemplo de aquéllos. Esta paradoja se explica por las circunstancias históricas en que se redactó el Instrumento. Hoy, sin embargo, se debe considerar el apartado 1 del artículo 2, en la medida en que admite la última pena, como el reflejo de una actitud a este respecto que ha evolucionado mucho y que está superada. El protocolo número 6, que ha abolido la pena de muerte, ha sido ratificado hasta el momento por doce de las Altas Partes Contratantes. Mientras en los demás Estados- por otra parte, minoritarios- continúa admitiéndose dicha pena, su creciente rechazo lleva a la conclusión de que, cuando concurren circunstancias que la agravan (...) entra en el ámbito de los tratos inhumanos prohibidos por el artículo 3.”

Considera el señor Trechsel que en este caso existen varias circunstancias que lo agravan. En la misma línea se expresa el señor Danelius en su voto particular disidente, al que se unen los señores Jörundsson y Vandenberghe.

8.3. K.A.B. CONTRA ESPAÑA

Petición no. 59819/08, 10 de abril de 2012

En una fecha no precisada de 2001, el demandante, K.A.B., su compañera e hijo (nacido el 7 de septiembre de 2000), de nacionalidad nigeriana, inmigraron a España para instalarse en Murcia. La madre del niño se encontraba en situación irregular y el demandante se trasladó a otra ciudad a unos 480 kilómetros de distancia de Murcia para trabajar, confiaron el niño a una pareja de amigos españoles quienes ejercieron la guarda *de facto* a partir de mayo de 2001. El 15 de mayo del mismo año el demandante obtuvo un permiso de residencia y el 13 de septiembre de 2001, obtuvo un permiso de trabajo. Desde el 15 de mayo de 2006, dispone el demandante de un permiso de residencia de larga duración en España.

El 11 de octubre de 2001, la madre del niño fue detenida por la policía y posteriormente, el día 17, fue acordada la expulsión del territorio español de la misma con prohibición de entrada por un período de diez años.

El abogado de la familia española que había acogido al niño y quien defendió la causa presente, puso en conocimiento del Juez competente que la persona que iba a ser expulsada era la madre de un niño de un año, intentando evitar la expulsión y separación.

El 24 de octubre se efectuó la expulsión, permaneciendo el menor en España y fue puesto en acogida bajo la responsabilidad de los servicios sociales. El proceso de acogida fue suspendido en razón de la demanda de reconocimiento de paternidad presentada por el demandante, siendo reconocida su paternidad extramatrimonial por la sentencia de 26 de mayo de 2005, del Juzgado de Familia nº9 de Murcia.

La Asociación catalana para la infancia maltratada precisó en un informe del 17 de octubre de 2005, aportado al expediente judicial, que el demandante quería reunirse con su hijo y era capaz de trabajar para seguir pagando el alojamiento donde residía como propietario y atender los gastos diarios. El informe apoyaba la reagrupación del

demandante con su hijo e indicaba que la asociación asumiría el seguimiento psicológico del demandante. (párrafo 45)

El 25 de noviembre de 2005, el demandante presentó una demanda de oposición a la adopción, haciendo valer la necesidad del previo consentimiento para la adopción y pidió su reagrupación con el niño, como padre biológico. Aportó un informe sobre sus medios financieros y precisó que en ese momento era propietario de un alojamiento, varios testigos declararon que el demandante y la madre del niño que fue expulsada del territorio español, habían convivido con el niño hasta que el demandante se vio obligado a irse a otra ciudad para buscar trabajo. La demanda fue desestimada porque según el Juez *“en el momento en que los servicios sociales se hicieron cargo del niño, el demandante incumplía los deberes inherentes a la autoridad parental (...) el demandante había admitido que no había vivido mucho tiempo con el niño, que había estado de acuerdo en que la madre ejerciera la prostitución y confiara al niño a los cuidados de terceros. (...) el demandante no había efectuado ninguna gestión que demostrara de manera objetiva su interés por la suerte del niño, aunque tenía residencia legal en España y estaba asistido por un abogado. (...) habían pasado dos años sin que el demandante reclamara la paternidad.”* (párrafo 47)

El demandante recurrió en apelación y criticaba la pasividad de la Administración durante todo el tiempo, que nunca se puso en contacto con él y tuvo una “inercia” en la averiguación de la paternidad biológica del niño. La Audiencia Provincial consideró que los hechos del caso eran concluyentes por lo que se refiere a la falta de interés del demandante.

Invocando los artículos 10 y 24 de la Constitución, el demandante interpuso ante el Tribunal Constitucional un recurso de amparo y el mismo fue inadmitido por “carecer relevancia constitucional”. (párrafo 51) Paralelamente, fue autorizada la adopción del niño por los padres de acogida y el padre recurrió esta también.

El TEDH accede a examinar la causa, considerando su fondo de importancia a pesar de las alegaciones del Gobierno de falta de agotamiento de las vías internas de recurso, la falta de invocación del artículo 18 CE en el recurso de amparo y la falta de impugnación de distintas resoluciones administrativas considerando el Tribunal que el proceso global del que forman parte está estrechamente vinculado a la sustancia de la queja realizada por el demandante en sede del artículo 8 del Convenio. (Párrafo 79)

Entrando en el fondo del asunto, lo primero que valora el Tribunal es el concepto de “familia” en el párrafo 88 de la Sentencia, recordando que el mismo *“el artículo 8 del Convenio no se limita únicamente a las relaciones basadas en el matrimonio y puede englobar otros vínculos “familiares”. Un niño resultante de tal relación se incluye automáticamente en la célula familiar a partir de su nacimiento y por el hecho mismo de éste”*. Así lo justifica la doctrina asuntos como *Znamenskaya c. Rusia*, no. 77785/01 del 2 de junio de 2005 (párrafo 26) y *Anayo c. Alemania* no.20578/07, de 21 de diciembre 2010 (párrafo 55).

Explica el Tribunal en el párrafo 89 que *la intención de constituir una vida familiar puede incluirse excepcionalmente en el ámbito de aplicación del artículo 8, siempre que la ausencia de vida familiar plenamente establecida no sea imputable al demandante. Y que “la “vida familiar” puede también extenderse a la relación potencial que habría podido desarrollarse entre un padre natural y un niño nacido fuera del matrimonio”,* (*Nylund c. Finlandia* (DEC), nº 27110/95, CEDDH 1999-VI) siendo los elementos a tener en cuenta para determinar la existencia real de estrechos vínculos personales la *“naturaleza de la relación entre los padres naturales y el interés demostrable del padre*

por el niño, antes y después del nacimiento de este último”. (*Lebbink c. Pays - bas*, nº 45582/99, § 36, CEDH 2004-IV)

El artículo 8 “*protege la vida “privada” al igual de la vida “familiar (...) El derecho a la reagrupación del demandante con su hijo biológico se incluye en el ámbito de aplicación del concepto de “vida privada”, que engloba aspectos importantes de la identidad personal*”. (*Odièvre c. Francia* [GC], no.42326/98, § 29, CEDDH2003-III, *Jaggi c. Suiza*, nº 58757/00, § 25, CEDDH 2006-X y *Backlund c. Finlandia*, no.36498/05, § 37, 6 de julio de 2010) Otra consideración importante del tribunal en esta misma línea es que “*no hay ninguna razón de principio para considerar que el concepto “vida privada” excluya el establecimiento de un vínculo jurídico o biológico entre un niño nacido fuera del matrimonio y su progenitor*” (*Mikulić c. Croatie*, no53176/99, § 53, CEDH 2002-I).

El Tribunal aprecia que la distancia inicial entre el hijo y su padre en 2001 cuando éste tuvo que irse de Murcia por motivos laborales y la imposibilidad de llevar una vida familiar no puede ser imputable al demandante. Además, destaca el tribunal que el demandante expresó en sucesivas ocasiones su deseo de restablecer el contacto con su hijo y reunió el dinero necesario para las pruebas de paternidad, siendo esta conducta considerada como suficiente para mostrar el interés del demandante por recuperar a su hija, dadas las circunstancias del caso y la situación precaria del demandante. (Párrafos 92 y 93)

Considera el Tribunal que las resoluciones de los órganos jurisdiccionales internos que rechazan todo contacto y toda posibilidad de reagrupación con el hijo del demandado constituyeron una injerencia en, al menos, su derecho al respeto de su vida privada, al no excluir el Tribunal que la intención del demandante de restablecer el contacto con su hijo biológico está amparada por la protección de la “vida familiar”, incluida dentro de la “vida privada del demandante”. (párrafo 94)

Considera el Tribunal que en el presente asunto la ruptura del contacto con un niño de muy corta edad puede conducir a una alteración creciente de la relación con su padre y observa que “*el paso del tiempo tuvo como efecto convertir en definitiva una situación de abandono de la que el demandante no era, en ningún caso, plenamente responsable*”. (Párrafo 103)

Respecto a las autoridades españolas, considera el Tribunal la existencia de graves faltas de diligencia en el procedimiento desarrollado referente a la acogida del niño y su adopción. (Párrafo 104) El artículo 8 “*implica el derecho de un padre a las medidas apropiadas para reunirse con su hijo y la obligación de las autoridades nacionales de adoptarlas*” (Párrafo 105) y por tanto, “*el punto decisivo en el caso presente será la determinación de si las autoridades nacionales adoptaron todas las medidas necesarias y adecuadas que se les podían razonablemente exigir para que el niño pudiera desarrollar una vida normal con su familia o, en su defecto, una familia de acogida o adoptiva*”. (párrafo 106)

Se remite así el Tribunal al momento de expulsión de la madre, en el que el abogado alegó que la misma tenía un hijo de trece meses y donde valora el Tribunal que el Juez de Instrucción no tuvo intervención ninguna para evitar la separación entre los dos. El niño permaneció en la situación de desamparo legal durante casi un mes, hasta que fue reconocida su situación de abandono, una resolución que no se hubiese producido de no

ser la prensa quien hizo eco de la situación de dos niños “olvidados” en Murcia¹²⁶, entre ellos el niño del presente caso, como consecuencia de la expulsión de sus madres. El Tribunal encuentra especialmente grave esta situación, teniendo en cuenta la edad del niño y considerando que *“la situación de abandono fue causada, al menos parcialmente, por la propia Administración, debido a la expulsión de la madre del territorio nacional sin efectuar comprobaciones previas y omitiendo tener en cuenta la información facilitada al Juez de Instrucción nº3 sobre la existencia de su hijo. Ninguna medida se adoptó al respecto por las autoridades públicas, lo que creó -o, al menos agravó- la situación de abandono del niño.”* Las consideraciones del Tribunal no acaban aquí, pues califica el mismo como una “inercia” la actitud de las autoridades y aclara que aunque el procedimiento de expulsión en sí mismo no constituye objeto de la demanda sobre la que está resolviendo, no se ha dado ninguna explicación satisfactoria que justifique la urgencia de tal expulsión y además tiene en cuenta que las resoluciones judiciales dictadas en los procedimientos dirigidos a la adopción del niño no se refieren de ninguna manera a dicha cuestión. (Párrafo 108)

Respecto a las consideraciones de la resolución judicial que desestimaba la demanda de oposición a la adopción del demandante mencionadas previamente, el Tribunal hace varias reflexiones: en primer lugar, la imposibilidad del demandante de hacer frente al pago previo que le exigían en el laboratorio para la extracción de sangre para la prueba de paternidad, aunque había pedido dinero a sus conocidos (Párrafo 109); en segundo lugar observa el Tribunal que el demandante podría haber podido pedir el beneficio de justicia gratuita, trasladando al Estado el coste de las pruebas de paternidad, como bien sugiere el Gobierno, pero difiere en su interpretación, dudando de si realmente se podría exigir al demandante el conocimiento de la existencia de tal posibilidad, teniendo en cuenta su situación precaria en el momento y el hecho de que, aunque la sentencia del 13 de julio de 2006 dictada en el marco del procedimiento 2177/05, de oposición a la adopción indicaba que un abogado asistía al demandante por cuenta suya, este último siempre lo negó y varios testigos (entre los cuales un funcionario del Servicio de protección de menores) declararon que en noviembre 2001, el abogado que había tenido anteriormente el demandante les había informado que ya no lo representaba y no sabía siquiera dónde se encuentra el mismo. (Párrafo 110) Observa el Tribunal que *“Ni el laboratorio de análisis médicos donde la extracción de sangre debía tener lugar ni el Servicio de protección de menores habían informado previamente al demandante de que asumirían el coste de la prueba de paternidad si no podía hacerlo él.”* Tampoco le ofrecieron una solución alternativa ni le informaron de que las pruebas podrían realizarse en el marco de la justicia gratuita a la que habría podido tener acceso, ni tampoco se pusieron en contacto directo con el demandante en ningún momento, aunque estaba en su conocimiento el contacto del mismo. (Párrafo 111) Califica lo ocurrido como una *“incertidumbre jurídica”* en su párrafo 112.

Finalmente, el Tribunal recuerda que corresponde a cada Estado contratante estar dotado de un arsenal jurídico adecuado y suficiente para garantizar el respeto de las obligaciones positivas que le incumben con arreglo al artículo 8 del convenio. Considera así, en base de las consideraciones previas enumeradas en el párrafo 114, *“el paso del tiempo, a consecuencia de la inercia de la Administración, la expulsión de C. sin tener las precauciones necesarias, la falta de apoyo y asistencia al demandante en un primer momento cuando su situación social y financiera era más vulnerable, así como la ausencia de ponderación de las resoluciones dictadas por las jurisdicciones internas en*

¹²⁶ BÁRBULO, TOMÁS, 29 de octubre de 2001, “Bebés nigerianos “olvidados” en Murcia. El Gobierno deporta a dos mujeres “sin papeles” y deja a sus hijos en España” *El País*. Madrid

cuanto a la imputación de responsabilidades en la situación de abandono del menor y la conclusión sobre la falta de interés del demandante por su hijo, han contribuido de manera decisiva a la ausencia de toda posibilidad de reagrupación familiar entre el demandante y su hijo” que “las autoridades nacionales incumplieron la obligación de particular celeridad inherente a este tipo de asuntos y concluye que las autoridades españolas no desplegaron esfuerzos adecuados y suficientes para hacer respetar el derecho del demandante a la reagrupación con su hijo, ignorando así el derecho al respeto de su vida privada, garantizado por el artículo 8 y que por consiguiente, hay violación del artículo 8”. (Párrafos 115,116,117)

9. CONCLUSIONES

Las fronteras se determinan por el Derecho pero ello no implica que el Derecho imponga fronteras. Al menos no debería ser así. No cuando se trata de Derechos Humanos. Según hemos visto, es necesario el avance y mejora tanto de leyes como de consciencia para abordar el problema del mundo moderno- el no ser “tercer mundo”.

El asilo es una institución que antecede a los tiempos contemporáneos y es que incluso los romanos de la Antigua Roma entendían la necesidad de dar refugio a las personas que venían de otros poblados y de una manera u otra, por razones humanitarias, políticas o religiosas, a lo largo de la historia humana se ha visto una intención de preservar un derecho al asilo, aunque no se haya estipulado como tal hasta tiempo después.

Por supuesto, ante el Derecho es necesario concretar los extremos de la definición de refugiado para ofrecer una mayor protección a las personas que se encuentran bajo ese *status*. Las definiciones que nos conciernen, tanto de asilo, como de refugiado, tienen muchos componentes y coinciden los autores en que el derecho a encontrar asilo es un derecho humano, intrínseco a cada persona. Lo estipulado por las distintas normas y organizaciones se matiza con la jurisprudencia y cada vez la consideración de refugiado, y por ende su protección, es más amplia. Así, por ejemplo, hemos llegado a considerar que las persecuciones a mujeres por su género en el país de origen también serán consideradas como un “temor bien fundado”. También hemos visto que personas residentes en el extranjero sin condición de refugiado adquieren el status posteriormente, por haberse dado algún cambio en el país de origen, imposibilitando que el individuo regrese sin temor. Al igual, la exclusión y cancelación de la condición de refugiado son también reguladas y es la propia Convención de Ginebra quien enumera los casos en los que se podrá privar a la persona de la condición de refugiado.

A partir de la segunda mitad del siglo XX tras la Segunda Guerra Mundial y, posteriormente, la Guerra Fría y caída del Muro de Berlín, la necesidad de crear una legislación que permita proteger los Derechos Humanos y amenizar la tensa situación entre los países europeos es respondida con la creación del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, posteriormente desarrollados mediante otros instrumentos y organizaciones.

Aquí hemos de mencionar la conocida crítica hacia el así llamado “Sistema Dublín”, que surge con el Convenio de Dublín de 1990 con la idea de regular qué país se tendrá que hacer cargo de la solicitud de asilo de los refugiados. En la realidad, no obstante, el Sistema reparte la responsabilidad de forma desproporcionada entre los EEMM, siendo el criterio más empleado para asignación el del primer país de llegada, siendo evidente que los países fronterizos tendrán una carga mayor. Así, el mayor efecto del sistema Dublín ha sido el cierre de fronteras de los Estados afectados para los refugiados y la limitación de los derechos humanos del otro lado de la “línea”. Cada vez menos personas tienen acceso al asilo, sin ser incluso registradas sus solicitudes e incluso las peticiones aceptadas son ejecutadas pocas veces.¹²⁷

Los derechos en los que nos hemos centrado en este trabajo son los fundamentales en materia de Derechos Humanos en relación a las personas con status de refugiado. Así, el artículo segundo será invocado mayoritariamente junto al tercero, al ser este último referido a las torturas y tratos inhumanos, estrechamente vinculadas al derecho a la vida, como hemos visto en asuntos como *Bader y Kanbor contra Suecia*.

La prohibición de la tortura y tratos inhumanos o degradantes es un artículo breve que ha dado lugar a una amplia interpretación y doctrina. El precepto, consagrado también en otros instrumentos internacionales, es tan intrínsecamente ligado al ser humano que, será protegido y aplicable incluso en aquellos casos en los que se trate de los delitos más graves, como hemos visto en los Asuntos *Soering contra Reino Unido* o *Chahal contra Reino Unido*, entre otros. La protección que emana de este artículo permite que la prevista en el 33 de la Convención de Ginebra (principio de *non-refoulement*) sea aún mayor. Ha entendido el Tribunal que la humanidad de la ley no viene condicionada por la humanidad de las personas y por graves que sean sus crímenes, sus derechos humanos no pueden ser ignorados.

Así, hemos constatado que ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no importa la nacionalidad ni la condición cuando se trata de seres humanos y la protección de sus derechos. Hemos concluido que al llegar al punto más íntimo de los individuos como puede ser su propia vida, todos somos iguales ante la ley y aun cuando los Estados ejercen su soberanía entre sus “líneas” hay quien no deja de velar por los intereses humanos de las personas desconociendo de fronteras. Así, parece ser que podríamos constatar que las “líneas” entre unos humanos y otros se van difuminando cada vez más. Pues, por ejemplo, el principio de *non-refoulement* establecido por el Convenio de Ginebra se aplicará a todos los refugiados, con independencia de que esta condición les sea reconocida o no. Conviene significar en este punto la independencia de este Tribunal en relación a sus resoluciones, pues frente a los Estados y aspectos económicos, políticos y sociales que puedan condicionarles en su toma de decisiones a nivel nacional, el TEDH es movido únicamente por el interés humano de las personas, una posición criticada por muchos pero que defendemos en este trabajo.

Con respecto al artículo 8 de la Convención, la protección de la vida privada y familiar, hemos visto en casos como *K.A.B contra España* la realidad de las familias que se encuentran fuera de las líneas europeas y cómo su condición como tales es

¹²⁷ Ver SUSAN FRATZKE, 2015, “Not adding up. The fading promise of Europe’s Dublin system” Migration Policy Institute Europe

menospreciada por las instituciones del Estado, y es que, aunque finalmente el demandante obtuviese justicia, ello no modifica el hecho objetivo de que pasaron 11 años desde que se dio inicio al caso hasta que se resolvió. Un tiempo - que visto desde la perspectiva de un niño cuyos recuerdos de infancia son trazados como un proceso tras otro y que identifica su hogar como una institución tras otra; desde la perspectiva de la madre separada de su hijo; y desde la perspectiva de un padre exprimido por el sistema en busca de sus derechos y único deseo de ser reunido con su hijo- es eterno.

En el caso *Kaushal c. Bulgaria*, una persona que lleva décadas en el Estado, es recordada de la forma más grotesca posible, que no es nacional y que puede ser expulsado, sin una información consolidada y sin haber tenido la oportunidad de ser protegido ante la arbitrariedad. Es separado de su familia y pasan 5 años hasta que la resolución del TEDH hace eco de sus derechos.

¿Vale de algo la justicia cuando toma tanto tiempo en hacerse? ¿Cuál es su propósito? La tragedia en todos estos casos es que la justicia que ganan no es para ellos sino en nombre de los que vendrán y el desarrollo del Derecho. El ser humano tiene cierto límite de tiempo y las respuestas que le pueden ser dadas en un momento, pueden carecer de sentido en otro. Familias rotas, destinos perdidos, esta es la realidad de los humanos-no-tan-humanos procedentes del otro lado de las líneas.

En la realidad, la justicia es no solo lenta, sino de difícil acceso. Y así lo comprueba la lucha del padre que quería recuperar a su hijo. Una lucha, originada por no motivo distinto que la incompetencia de la administración pública que permitió que dos bebés se quedaran separados de sus familias, siendo sus madres expulsadas. Para ser posteriormente la misma administración la que exigía que el demandante, extranjero en situación precaria, tenga la diligencia de conocer la ley española, los recursos para agotar la vía nacional y que cuestionaba el interés del demandante por su hijo.

La práctica de los Estados de expulsar a una persona, antes de obtener las garantías en respeto de los tratados en materia de Derechos Humanos, se ha visto retratada en casos como el aquí estudiado *Hirsi Jama y otros contra Italia*, y es que para los Estados aún cabe la posibilidad de devolver al país del que huyen a las personas que buscan refugio, teniendo el valor de públicamente anunciar como “seguro” a un país como Líbano en 2012.

Resulta de suma relevancia el voto particular del Juez Pinto de Albuquerque en la misma sentencia al decir, muy acertadamente, que “una *persona no se convierte en refugiado por un reconocimiento, sino es reconocido porque es un refugiado*”¹²⁸ Concluye su intervención con las palabras del Juez Blackmun: “*Los refugiados intentando escapar de África no reclaman un derecho de admisión a Europa. Ellos piden a la misma Europa, la cuna del idealismo de los derechos humanos y el lugar de nacimiento del Estado de Derecho, que deje de cerrar sus puertas a las personas desesperadas que han pasado por la arbitrariedad y brutalidad. Esta es una modesta*

¹²⁸ Ver STEDH *Hirsi Jama y otros c. Italia*... pág. 62: “A person does not become a refugee because of recognition, but is recognized because he or she is a refugee.”

*petición, reivindicada por el Convenio Europeo de Derechos Humanos. No deberíamos cerrar los ojos ante ello”.*¹²⁹

Cuando los intereses políticos colisionan con los Derechos Humanos, es manifiesto que los humanos ya no son tan humanos -valga la redundancia- como para merecerlos íntegramente. Y es que resulta, que los problemas entre las “líneas” no son tanto de fronteras como son de naciones. Por grande que sea el interés de acoger a los desamparados y olvidados, habrá un matiz diferenciador de cada lado de la “línea” y la falta de voluntad estatal y de compromiso con los valores de la Unión Europea en lo que la política respecta constituyen un problema en la materia de asilo.

El propio Dictamen 5.1 de la FRA urge a los Estados miembros a fortalecer sus medidas preventivas para evitar comportamientos abusivos por parte de las fuerzas y cuerpos de seguridad, considerando que *el respeto de los derechos fundamentales de las fronteras sigue constituyendo uno de los principales desafíos de la Unión Europea*.¹³⁰ A nivel interno, las autoridades competentes no tienen interés en investigar la violación de los artículos 2 y 3 del Convenio. Tanto es así que para el informe de 2020 de la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea países como Hungría y España no presentaron información y Bulgaria no ha llevado a cabo investigaciones sobre el excesivo uso de la fuerza por parte de la policía en las fronteras causando daños corporales o muerte. El uso excesivo de la fuerza no es algo desconocido en España, recordemos la tragedia del Tarajal. Las 14 víctimas mortales de migrantes que intentaban nadar hasta Ceuta en 2014. Los agentes de Guardia Civil que descargaron 145 balas de goma y cinco botes de humo de ocultación. El caso fue archivado en octubre de 2015 por la consideración que nada apuntaba a un uso inadecuado del material, actuando con una finalidad disuasoria, “procurando impactar en el agua”.¹³¹ Las denominadas “devoluciones en caliente” -como en el mismo caso se dieron 23-, reconocidos como una práctica habitual en las últimas décadas, siguen siendo un problema a día de hoy en el Estado Español.

Estudiamos en este trabajo el principio de prohibición de sanciones por entrada ilegal, pues bien, la realidad es que los castigos sí tienen lugar. Y es así cómo, en el período entre finales de febrero a mitad de marzo, las autoridades griegas han condenado a al menos 56 personas por haber entrado irregularmente al Estado. Los procedimientos fueron llevados a cabo contra hombres, mujeres y niños no acompañados, habiéndose presentado cargos contra 12 niños y siendo al menos dos de ellos menores de 12 años. Al no poder aplicarse el procedimiento a los menores de edad, sus juicios han sido pospuestos para noviembre de 2020 para poder ser condenados. Algunos de los hombres obtuvieron una condena de cuatro años de prisión y una multa hasta 10,000 euros y las mujeres, a tres años de prisión con unas multas hasta los 5,000 euros.¹³²

¹²⁹ Harry Andrew Backmun fue juez asociado de la Corte Suprema de Estados Unidos desde 1970 hasta 1994.

¹³⁰ FRA, Informe sobre los Derechos Fundamentales 2020, Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea página 11

¹³¹ Ver FRA, 2020, Migration: Fundamental rights. Issues at land borders, Luxembourg: Publications Office of the European Union página 24

¹³² Ver *Íbidem* página 27.

Si la regulación de los inmigrantes irregulares fuese fácil de gestionar no plantearíamos todas las dudas del presente trabajo y no habría necesidad de concretar los Derechos que tienen los humanos para ser considerados como tales. No se construirían los muros en Hungría, en Bulgaria y en España ni tampoco se firmarían acuerdos migratorios entre Estados Miembros de la UE con otros externos usando a las personas como monedas de cambio¹³³, Grecia no sería, en palabras de Ursula von der Leyen,¹³⁴ un “escudo europeo”. No se generaría tanta irritación hacia los Menores Extranjeros No Acompañados¹³⁵ -por no llamarles niños desamparados y olvidados por la sociedad- ni tampoco se sembraría el odio hacia los extranjeros ni se verían beneficiados por ello los partidos políticos nacionalistas a nivel internacional. A fecha de 2017 los menores de edad constituyeron un 30% de los solicitantes de asilo.¹³⁶ Sería interesante el análisis social y político de la Europa actual como causa – y también producto- de la discriminación de cada lado de las “líneas”. No obstante, el resultado de tal examen sería el mismo que el que se hubiese hecho hace más de setenta años en la Europa del Holocausto. La Historia tiende a repetirse porque la memoria de las personas es corta y desagradecida y los problemas que se dieron en un momento están condenados a repetirse si no se aprenden las moralejas iniciales. La preocupación de los europeos ha sido más intensa por la llegada de los inmigrantes económicos que podrían obtener puestos de trabajo entre líneas europeas que por la huida de las personas en tierra de nadie hacia una frontera con esperanzas. Decía Carrillo Salcedo que “*con cada víctima de la barbarie, también nosotros somos víctimas*”. Probablemente sea una cuestión de perspectiva, desde abajo es siempre más difícil mirar hacia arriba, pero desde la cumbre uno tiene menos interés de mirar hacia abajo. Los responsables de que hoy día aún haya personas que necesiten ser consideradas refugiados no son únicamente los tiranos en sus respectivos países, sino aquellos que, dentro de los nuestros -entre nuestras líneas europeas-, desconocen – o mejor dicho, eligen desconocer- la realidad de los humanos olvidados y todo lo que conlleva y prefieren vivir en su propio *Mundo feliz*.

Los principios que hemos enumerado en la órbita de los Derechos Humanos pretenden asegurar un mínimo de derechos para todas las personas que se hayan visto

¹³³ En 2016, la Unión Europea firmó un acuerdo migratorio con Turquía (Gobierno de Erdogan) estipulando que se trasladan a Turquía los inmigrantes irregulares que se encontrasen en Grecia a partir del 20 de marzo del mismo año. Ver MISIÓN EUROPEA (2016) Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al consejo, Nuevas medidas operativas de la cooperación UE-Turquía en el ámbito de la migración, Bruselas 16 de marzo de 2016, p.2-10; Turquía recibió 3000 millones de euros a modo de ayuda para migrantes y refugiados y la eliminación de visados para los ciudadanos turcos que deseen cruzar las fronteras interiores de la Unión Europea (Ver MOHORTE, A. (2016) “En qué consiste el acuerdo entre la Unión europea y Turquía para frenar el flujo de refugiados” en Magnet, 8 de marzo de 2016) aunque su principal interés, claro está, es la negociación para la adhesión del Estado a la Unión Europea.

¹³⁴ Ursula von der Leyen es la actual presidenta de la Comisión Europea con el mandato de diciembre de 2019 a octubre de 2024.

¹³⁵ Entre muchos más, en 2019 el Comité de los Derechos de los Niños elaboró un Dictamen en el que determinaba que España había violado los artículos 3,20 y 37 de la Convención de los Derechos del Niño al expulsar de forma sumaria a un niño no acompañado del país. Ver UN Committee on the Rights of the Child, D.D. v. Spain, CRC/C/80/D/4/2016, 1 February 2019. Versión en español disponible en: <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=5c73f8f54>

¹³⁶ Eurofound (2019), *Role of public services in integrating refugees and asylum seekers*, Publications Office of the European Union, Luxembourg

involucradas de alguna manera con la Unión Europea y junto al Convenio Europeo de Derechos Humanos y TEDH protegen, con cada día más, la humanidad sin fronteras.

Así, por ejemplo, desde el inicio del funcionamiento de ACNUR el número de refugiados ha pasado de uno a 17 millones, alcanzando hoy día la cifra de 79,5 millones, siendo la cifra en territorio español a fecha de 2019 de 699 000.¹³⁷

La cada vez más amplia jurisprudencia del TEDH y el desarrollo de la materia de Derechos Humanos ha superado las “líneas” entre las naciones. Los derechos de los desamparados son reconocidos -aunque con un retraso en el tiempo- y la protección de los solicitantes de asilo es cada vez más consagrada. Debemos valorar de manera positiva el avance de los Derechos Humanos en la Unión Europea. Todas las organizaciones y asociaciones en las que personas interesadas de velar por los Derechos Humanos ajenos deben tener un reconocido mérito. La estructura normativa creada por la UE constituye un marco de derechos humanos en materia de asilo proclamados internacionalmente.

No obstante, ¿hará todo ello que los “*aproximadamente 200 individuos*” sean al fin un número concreto?

Citamos las palabras de Máximo San Juan¹³⁸ a las que Carrillo Salcedo hace referencia: “*Nadie se ahogaría en el estrecho, nadie se asfixiaría en Dover, nadie pagaría a las mafias, si la libre circulación de las personas fuese tan legal como la libre circulación de capitales*”.

Los derechos humanos deben estar ahí donde haya personas. Incluso ahí donde los individuos son forzados a luchar para la obtención del prestigioso *status* “humano”. Ahí donde las aguas silencian las historias de aquellos que huyen de la brutalidad. Ahí hacia donde miramos con los ojos ampliamente cerrados y para cuyos gritos nuestros oídos son sordos. Ahí donde hay destinos que no queremos conocer para no recordar que la barbarie está a pocos kilómetros del Estado de bienestar.

Ahí, donde están las fronteras.

¹³⁷ Ver LÓPEZ GARRIDO, DIEGO, 1994: “Doce tesis sobre la integración europea y el derecho de asilo” Ponencia presentada en el Seminario sobre el derecho de asilo, organizado por el Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, durante los días 12, 13 y 14 de diciembre de 1994 pág. 58// ver también Informe de la Oficina de asilo y refugio, Gobierno de España del julio 2020 Disponible en: http://www.interior.gob.es/documents/642317/1201562/Asilo_en_cifras_2019_126150899.pdf/15f04b97-06e9-4ab0-ba20-7d90ebec1f13 // Ver también ACNUR DATOS BÁSICOS 2019

¹³⁸ Máximo San Juan fue un dibujante y escritor español. Nacido en 1933, desarrolló una amplia carrera trabajando para las revistas y periódicos más relevantes de España como El País o La Vanguardia.

10. BIBLIOGRAFÍA

- BÁRBULO, T. (29 de Octubre de 2001). Bebés nigerianos "olvidados" en Murcia. El Gobierno deporta a dos mujeres "sin papeles" y deja a sus hijos en España. *El País*.
- BOZA MARTÍNEZ, D. (2001). *Los extranjeros ante el Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Cádiz: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz.
- CRAWFORD, J. a. (1989). Three Heresies in the Application of the Refugee Convention. *International Journal of Refugee Law*.
- DÍEZ DE VELASCO, M. (2009). *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos.
- EUROPEA, A. D. (2014). *Manual de Derecho europeo sobre asilo, fronteras e inmigración*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea.
- FRATZKE, S. (2015). Not adding up. The fading promise of Europe's Dublin system. *Migration Policy Institute Europe*.
- GOODWIN-GILL y MCADAM, J. (2007). *The refugee in international Law*. Oxford: Oxford University Press.
- GORTAZAR ROTAECHE, C. J. (1997). Derecho al asilo y "no rechazo" del Refugiado. Madrid: Dykinson.
- GRAHL-MADSEN, A. (1966). The European Tradition of Asylum of Development of Refugee Law. *Journal of Peace Research, Sage Publications, Inc*, Vol. 3, No. 3 (1966), pp. 278-289.
- GROTIO, H. (1925). *Del Derecho de la guerra y de la paz*. Madrid: Reus S.A.
- HARRISON, K. y. (2010). Death row phenomenon, death row syndrome and their effect on capital cases in the US. *Internet Journal of criminology*.
- HATHAWAY, J. C. (1991). *The Law of Refugee Status*. Toronto: Butterworths.
- HYNDMAN, P. (1987). The 1951 Convention Definition of Refugee: An appraisal with particular reference to the case of Sri Lankan Tamil Applicants. *The Johns Hopkins University Press*, Vol. 9, No. 1 (Feb., 1987), pp. 49-73.
- KRENZ, F. (1983). La definición de Refugiado. *Asilo político y Situación del Refugiado*. La Paz, Bolivia: Ministerio de Relaciones Exteriores y culto.
- LINDE, E. O. (1987). *El sistema europeo de protección de los Derechos Humanos*. Madrid: Civitas.
- LÓPEZ GARRIDO, D. (1991). *El derecho de asilo*. Madrid: Trotta.
- LÓPEZ GARRIDO, D. (1994). Doce tesis sobre la integración europea y el derecho de asilo. *Seminario sobre el derecho de asilo, organizado por el Instituto de Derechos Humanos de Bartolomé de las Casas*, (pág. 58).
- MOHORTE, A. (8 de marzo de 2016). En qué consiste el acuerdo entre la Unión Europea y Turquía para frenar el flujo de refugiados. *Magnet*.

- SALINAS DE FRÍAS, A. (2010). Detención, garantías esenciales y Estado de Derecho en la jurisprudencia del TEDH. *Revista de Derecho Político*, 285-333.
- SÁNCHEZ, C. D. (2013). El CEDH como límite de las políticas. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, ISSN 1138-4026, núm. 46, Madrid, 1119-1135.
- STOLTENBERG, T. (28 de junio de 1990). Nuestro futuro común: la situación de los refugiados refleja la salud política mundial. *El País*, págs. Vol. IV, nº137.

ANEXO LEGISLACIÓN

- Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950
- Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951
- Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948
- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea 2000/C 364/01
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966
- Estatuto del Consejo de Europa, hecho en Londres el 5 de mayo de 1949
- Tratado de la Unión Europea, hecho en Maastricht el 7 de febrero de 1992
- Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985
- Tratado por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, hecho en Lisboa el 13 de diciembre de 2007
- Carta Africana sobre los derechos humanos y de los pueblos. Aprobada el 27 de julio de 1981, durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, reunida en Nairobi, Kenya
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. San José, Costa Rica. 7 al 22 de noviembre de 1969
- Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. Adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990
- Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984

- Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, 1949
- Convención americana sobre Derechos Humanos suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos (B-32) San José, Costa Rica, 22 de noviembre de 1969
- Convención de la OUA por la que se regulan los aspectos específicos de problemas de los refugiados en África. Aprobada por la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno en su sexto período ordinario de sesiones (Addis Abeba, 10 de septiembre de 1969)
- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965
- Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, hecho en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982
- Ley 9/1994, de 19 de mayo, de modificación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición del refugiado.
- Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y la condición de refugiado
- Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional
- Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional
- Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida
- Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a reagrupación familiar
- Reglamento (UE) n° 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida
- Reglamento (UE) n° 603/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativo a la creación del sistema «Eurodac» para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Reglamento (UE) n°

604/2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida, y a las solicitudes de comparación con los datos de Eurodac presentadas por los servicios de seguridad de los Estados miembros y Europol a efectos de aplicación de la ley, y por el que se modifica el Reglamento (UE) n° 1077/2011, por el que se crea una Agencia europea para la gestión operativa de sistemas informáticos de gran magnitud en el espacio de libertad, seguridad y justicia

- Reglamento (CE) N°2007/2004 del Consejo de 26 de octubre de 2004 por el que se crea una Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea (Frontex)
- Protocolo Adicional al Convenio de Viena firmado en 1967, Entrada en vigor en España el 14 de agosto de 1987 (B.O.E. núm 252, de 21 de octubre de 1987; corrección de errores en B.O.E. núm272, de 14 de noviembre)
- Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967
- Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos destinados a abolir la pena de muerte adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de diciembre de 1989
- Protocolo número 6 al Convenio Para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales relativo a la abolición de la pena de muerte (Estrasburgo, 28 de abril de 1983)
- Protocolo n°13 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales relativo a la abolición de la pena de muerte en cualquier circunstancia, Vilnius 03 de marzo de 2002
- Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas. Aprobada por la Asamblea General en su resolución 47/ 133 de 18 de diciembre de 1992
- Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias. Adopción: Consejo Económico y Social de la ONU. Resolución 1989/65, de 24 de mayo de 1989
- Decisión del Consejo del 26 de abril de 2010 por la que se completa el Código de fronteras Schengen por lo que se refiere a la vigilancia de las fronteras marítimas exteriores en el marco de la cooperación operativa coordinada por la Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea (2010/252/EU)

ANEXO JURISPRUDENCIAL

TEDH

- STEDH de 12 de mayo de 2005. *Asunto Öcalan c. Turquía*, demanda no. 46221/99
- STEDH (Sección 2ª) de 8 de noviembre de 2005. *Asunto Bader y Kanbor c. Suecia*, demanda no. 13284/04
- STEDH (Gran Sala) de 21 de enero de 2011. *Asunto M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, demanda no. 30696/09
- STEDH (Sección 4ª) de 29 de abril de 2002. *Asunto Pretty c. Reino Unido*, demanda no. 2346/02
- STEDH (Sección 3ª) de 24 de julio de 2001. *Asunto Valašinas c. Lituania*
- STEDH (Gran Sala) de 25 de abril de 1978. *Asunto Tyrer c. Reino Unido*, demanda no. 5856/72
- STEDH (Sección 2ª) de 19 de abril de 2001. *Asunto Peers c. Grecia*, demanda no. 28524/95
- STEDH (Sección 4ª) de 26 de julio de 2005. *Asunto N. c. Finlandia*, demanda no. 38885/02
- STEDH (Gran Sala) de 15 de noviembre de 1996, *Asunto Chahal c. Reino Unido* demanda no. 22414/93
- STEDH (Gran Sala) de 7 de julio de 1989 *Asunto Soering contra Reino Unido*. demanda no. 14038/88
- STEDH (Gran Sala) de 28 de febrero de 2008. *Asunto Saadi c. Italia*, demanda no. 37201/06
- STEDH (Sección 5) de 10 de diciembre de 2009. *Asunto Daoudi c. Francia*, demanda no.19576/08
- STEDH de 20 de marzo de 1991, *Asunto Cruz Varas c. Suecia* demanda no. 15576/89
- STEDH de 30 de octubre de 1991 *Asunto Vilvarajah y otros c. Reino Unido*, demanda 13163/87; 13164/87; 13165/87; 13447/87; 13448/87
- STEDH (Sección 3) de 10 de abril de 2012. *Asunto K.A.B. c. España*, demanda no. 59819/08
- STEDH (Sección 5) de 2 de septiembre de 2010. *Asunto Kaushal y otros c. Bulgaria*, demanda no. 1537/08

- STEDH (Sección Tercera) de 5 de febrero de 2002. *Asunto Conka c. Bélgica* demanda no. 51564/1999
- STEDH (Gran Sala) de 28 de mayo de 1985 *Asunto Abdulaziz, Cabales and Balkandali c. Reino Unido* demanda no. 9214/80; 9473/81; 9474/81
- STEDH (Gran Sala) de 23 de febrero de 2012, *Asunto Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, demanda no. 27765/2009
- STEDH (Gran Sala) de 28 de octubre de 1998. *Asunto Assenov c. Bulgaria*, demanda no. 24760/94
- STEDH (Gran Sala) de 18 de diciembre de 1996. *Asunto Aksoy c. Turquía*, demanda no. 21987/93
- STEDH (Gran Sala) de 4 de febrero de 2005, *Asunto Mamatkulov y Askarov c. Turquía*, demanda no. 46827/99 y 46951/99
- STEDH (Sección Quinta) de 10 de agosto de 2006, *Asunto Olaechea Cahuas c. España*, demanda no. 24668/03
- STEDH (Gran Sala) de 25 de marzo de 2014 *Asunto Biao c. Dinamarca*, nº 28590/10
- STEDH (Gran Sala), de 8 de abril de 2014 *Asunto Dhahbi c. Italia*, nº 17120/09
- STEDH, (Sección Primera) de 11 de diciembre de 2014 *Asunto Mohamad c. Grecia*, nº 70586/11
- STEDH de 23 de marzo de 1995 *Asunto Loizidou contra Turquía* demanda no. 15318/89
- STEDH (Gran Sala) de 29 de marzo de 2010. *Asunto Medvedyev y otros c. Francia*, demanda no.3394/03

Otros Tribunales

- STS de 28 de septiembre de 1988 (Cont.- Adm. Sala 5º). RAJ. 6945
- STS de 15 de febrero de 2007, REC. 9036/2003
- STS de 7 de julio de 2005, REC. 440/2002
- STS de 31 de 2005, REC 1836/2002
- STS de 10 de diciembre de 2015, REC 1699/2015

- STS 28 de febrero de 2006, REC 446/2003
- Board of Immigration Appeals, *Asunto Izatula*, Interim Decision 3127 (BIA 1990), 8. IJRL. Vol 5. núm.2 1993, pág. 155
- Canadá, Tribunal Federal de Apelación, *Leonardo Arturo Espinosa Astudillo v. Minister of Employment and Immigration*, 16 de noviembre de 1978
- Estados Unidos, Tribunal de Distrito (Connecticut), *United States ex Rel. Martínez v. Longo*, 3 de julio de 1946. ILR 1946, pág. 149.
- Estados Unidos, Tribunal de Apelación de los EE.UU (Ninth Circuit), *Hernández-Ortíz v. Immigration Naturalization Service (INS)*, 1985. (Ibid, op. cit., pág. 156)
- Estados Unidos, Tribunal de Apelación de los EE.UU. (Ninth Circuit), *Bolanos-Hernández v. INS*, 14 de junio de 1985. IRL. Vol.87, págs. 478-88
- Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 3 de octubre de 1975 en el caso *Becker contra Dinamarca*, Solicitud nº7011/75, vid. Decisions and Reports, 4

INFORMES INSTITUCIONALES

- ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS, Guía práctica sobre el derecho internacional de los refugiados Número 2-2001, Ginebra
- ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Opinión consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967. Ginebra: ACNUR, enero de 2007
- ACNUR. *Note on expulsion of Refugees EC/SCP/3*. 24 de Agosto de 1977 “(...) *that a refugee should only be expelled as a last resort and as the only practicable means of protecting the legitimate interests of the State.*”
- ACNUR. Sección de Operaciones de Protección y Asesoría Legal. División de Servicios de Protección Internacional. *Nota del ACNUR sobre las garantías diplomáticas y la protección internacional de los refugiados. Ginebra, agosto de 2006.*
- ACNUR, *Suresh Factum* (Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967)

- ACNUR. Asamblea General A/AC.96/951, 13 de septiembre de 2001
- ACNUR DATOS BÁSICOS 2019
- Amnistía Internacional, “Libia - Informe de Amnistía Internacional, 2008”, 28 de mayo de 2008
- Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, “Conclusiones. Jamahiriya Árabe Libia”, 15 de noviembre de 2007
- Eurofound (2019), *Role of public services in integrating refugees and asylum seekers*, Publications Office of the European Union, Luxembourg
- FRA, Informe sobre los Derechos Fundamentales 2020, Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea
- FRA, 2020, Migration: Fundamental rights. Issues at land borders, Luxembourg: Publications Office of the European Union
- Human Rights Watch, “Derechos amenazados en Libia”, 2 de septiembre de 2008; (v) Departamento de Estado de los Estados Unidos, “Informe sobre Derechos Humanos 2010: Libia”, 4 de abril de 2010
- Human Rights Watch, “Libia, deteniendo el flujo. Abusos contra Emigrantes, Solicitantes de Asilo y Refugiados”, septiembre de 2006
- Informe de la Oficina de asilo y refugio, Gobierno de España del julio 2020
- MISIÓN EUROPEA 2016) Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al consejo, Nuevas medidas operativas de la cooperación UE-Turquía en el ámbito de la migración, Bruselas 16 de marzo de 2016, p.2-10
- NACIONES UNIDAS, Comité Ejecutivo del Programa del Alto Comisionado. *Nota sobre protección Internacional*, 13 de septiembre de 2001, A/AC.96/951
- Protección de los refugiados en el derecho internacional: Consultas Globales del ACNUR sobre Protección Internacional. Barcelona: Icaria-ACNUR, 2010 p.617
- UN Committee on the Rights of the Child, D.D. v. Spain, CRC/C/80/D/4/2016, 1 February 2019
- Un sistema Europeo Común de Asilo. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2014. ISBN 978-92-79-34627-9 doi: 10.2837/66073