

Análisis del asilo a nivel internacional: la necesaria búsqueda de un nuevo estatuto de los refugiados*

Analysis of asylum at the international level: the necessary search for a new statute for refugees

Jorge Antonio JIMÉNEZ CARRERO

Universidad Europea de Madrid
jorge.jimenez3@universidadeuropea.es
ORCID 0000-0001-8043-2249

Recepción: Diciembre 2023
Aceptación: Marzo 2024.

RESUMEN

El presente estudio tiene como objetivo dos cosas: en primer lugar, hacer un análisis del asilo desde el punto de vista del Derecho Internacional, debiendo hacer referencia, lógicamente, a la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y al Protocolo de 1967; y en segundo lugar, intentar vislumbrar cómo habrá de ser el deseable nuevo marco internacional que sustituya a la referida Convención.

Así, en un primer momento se dan unas ideas esenciales sobre la figura del asilo, a efectos de comprender mejor el alcance de la definición de refugiado dada por la Convención de 1951, realizándose este examen a la luz de los textos internacionales y de las propias directrices del ACNUR. En segundo lugar, se pone de manifiesto el intento infructuoso acaecido en 1977 por parte del Derecho Internacional a la hora de reformar el Estatuto de los Refugiados.

Finalmente, tras abogar por la necesaria reforma del vigente Estatuto, se dan algunas ideas sobre cuál debería ser la naturaleza del futuro texto normativo, incidiendo en aquellas cuestiones que, a nuestro juicio, deberían quedar incluidas en la nueva redacción.

Palabras clave: asilo, refugio, Estatuto de los Refugiados, refugiado climático, vías legales.

Clasificación JEL: K33.

* El presente trabajo ha sido extraído parcialmente y revisado de la primera parte de la tesis doctoral del autor: *La política común de asilo en el contexto de la Unión Europea: carencias y regulación para una mayor eficacia en el trato de las personas refugiadas*, defendida el 19 de diciembre de 2019 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá, (pp. 5 a 24/ pp. 37 a 75/ pp. 88 a 106) (en línea): <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=266037> [Consulta: 9-01-2024].

ABSTRACT

This article has two objectives: firstly, to analyze asylum from the point of view of International Law, logically making reference to the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and the 1967 Protocol; and secondly, to try to envision what the desirable new international framework that replaces the aforementioned Convention will be like.

Thus, at first some essential ideas are given about the figure of asylum, in order to better understand the scope of the definition of refugee given by the 1951 Convention, this examination being carried out in the light of international texts as well as UNHCR guidelines. Secondly, the unsuccessful attempt that occurred in 1977 by International Law to reform the Refugee Statute is highlighted.

Finally, after advocating for the necessary reform of the current Statute, some ideas are given on what the nature of the future regulatory text should be, focusing on those issues that, in our opinion, should be included in the new wording.

118

Keywords: asylum, refuge, Refugee Statute, climate refugee, legal avenues.

JEL Classification: K33.



1. INTRODUCCIÓN

El fenómeno migratorio ocupa cada vez más un espacio esencial en la agenda política mundial. Este problema, lejos de quedar resuelto, resurge con fuerza de manera periódica. En el contexto europeo, últimamente hemos sufrido dos grandes crisis migratorias: en primer lugar, la acaecida durante los años 2015-2016, auspiciada, entre otros motivos, por el conflicto bélico en Siria; en segundo lugar, más recientemente, la crisis migratoria de Ucrania, provocada por la invasión rusa a este país. Hemos de saber que, a nivel internacional, existe una figura comúnmente aceptada que es el asilo, herramienta en virtud de la cual cualquier Estado que haya ratificado la Convención de Ginebra de 1951 y su Protocolo de 1967 puede otorgar un permiso de residencia con vistas a ofrecer protección internacional a las personas que huyen de sus países por miedo a ser perseguidas.

1.1 Delimitación del problema y objeto de estudio

En el presente caso, la delimitación del problema se circunscribe, en esencia, a buscar la reforma y adecuación de una norma internacional que tiene más de siete décadas de vigencia, esto es, la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados.

119

Como comentábamos, la crisis de refugiados vivida en la Unión Europea durante los años 2015 y 2016 puso de manifiesto, no solo las carencias del Derecho de la Unión (las cuales no son objeto del presente trabajo), sino también las posibles insuficiencias de la normativa internacional, conformada por la Convención de Ginebra de 1951 y su Protocolo de 1967. Ello es así, en la medida en que el Derecho de la Unión Europea centra la base de su política común de asilo en el Estatuto de los Refugiados. En este sentido, el art. 78 del Tratado de Funcionamiento de la UE señala:

“La Unión desarrollará una política común en materia de asilo, protección subsidiaria y protección temporal destinada a ofrecer un estatuto apropiado a todo nacional de un tercer país que necesite protección internacional y a garantizar el respeto del principio de no devolución. Esta política deberá ajustarse a la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y al Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, así como a los demás tratados pertinentes”.

En este sentido, resulta oportuno investigar si una normativa internacional sobre el asilo más inclusiva y más amplia, habría servido para gestionar mejor el fenómeno migratorio y dar una respuesta coherente para con los derechos fundamentales de las personas merecedoras de protección internacional.

La delimitación del problema viene definido por la necesidad de estudiar si la actual normativa internacional resulta suficiente para garantizar el derecho a buscar asilo, o si

por el contrario se necesita elaborar una nueva normativa de carácter internacional. Fenómenos como el cambio climático, los conflictos bélicos o situaciones de inestabilidad política, hacen que millones de personas se vean abocadas a abandonar sus países de origen y busquen protección en otros Estados. Por lo tanto, las autoridades nacionales y supranacionales deben poder contar con herramientas legales que les permitan ofrecer un trato jurídico apropiado y solvente a estas personas.

1.2 Metodología

En un trabajo jurídico el método principal versará (Universidad de Alcalá, 2019) sobre el análisis de la normativa y su impacto en la sociedad a fin de proponer nuevas interpretaciones de la misma o reformas que puedan solucionar problemas jurídicos. En este sentido, en el presente trabajo se han utilizado distintas fuentes como: normas de Derecho Internacional, jurisprudencia del TEDH, documentos de Soft Law del ACNUR, y abundante bibliografía. El estudio se lleva a cabo desde el punto de vista del Derecho Internacional Público, pero siendo conscientes de que el impacto que el mismo tiene sobre el Derecho de la Unión Europea y el ordenamiento jurídico español es más que sustancial.

120

Así, de esta manera, la hipótesis en el ámbito jurídico se preguntará si una norma está siendo eficaz en tanto en cuanto se considere que se están consiguiendo los objetivos previstos por la misma, esto es, garantizar el asilo a las personas que necesitan protección internacional y se ven obligadas a huir de sus países de origen. En nuestro caso, se trata de dilucidar, en primer término, tras el oportuno análisis de esta normativa, si la Convención de Ginebra de 1951, y su Protocolo de 1967, siguen cumpliendo, a día de hoy, con los objetivos marcados. En segunda instancia, si se entendiera que la situación actual no resulta satisfactoria o suficientemente garante, se habrá de proponer una reforma normativa que mejore y supere a la actual Convención de 1951, a fin de adecuar el concepto del asilo al orden mundial existente en 2024.

1.3 Antecedentes de la investigación

El fenómeno migratorio, en el que podemos incluir a dos categorías de personas (migrantes económicos y refugiados), es sin duda una nota constante en la historia de la humanidad. En este sentido, como señala Alba Alonso (2004: 298):

“Los movimientos migratorios, si no relativamente tan importantes como los que se produjeron entre mediados del Siglo XIX y la II Guerra Mundial, cuando el éxodo transoceánico está calculado entre cincuenta y sesenta millones de personas, alcanzan magnitudes notorias”.

En lo que a nuestros efectos más interesa, la figura del asilo (Olano García, 2013: 39 y 40), tal y como señalan López Garrido (1991: 13 y siguientes) y Gortázar Rotaache (1997: 30), ha sido, y es objeto de tratamiento por parte de varios ordenamientos jurídicos, siendo en primer lugar, objeto de regulación por parte del Derecho Internacional. Además, es una figura que ha tenido y tiene cabida en el Derecho interno de los Estados. Por ejemplo,



tal como señala Santolaya Machetti, el derecho de asilo ha sido acogido, aunque de distinto modo, por diversos textos constitucionales, como el alemán, el francés, y el español (2001: 35 y siguientes). También es pertinente decir aquí que la figura del asilo, aunque no de manera expresa, también cae dentro del ámbito de actuación del Consejo de Europa (Montes Fernández, 2014: 57 a 92), en tanto en cuanto el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Carrillo Salcedo, 2003) va a ser aplicado, mediante una interpretación adecuada, a las personas refugiadas y/o solicitantes de asilo. Finalmente, el asilo será objeto de regulación por parte del Derecho de la Unión Europea (sobre las fuentes del ordenamiento jurídico comunitario, vid. García de Enterría y Fernández, 2011: 163 y siguientes).

En primer lugar, y a modo ilustrativo hemos de decir que el asilo territorial tiene su origen en el llamado “asilo religioso” (Latini, 2002: 43 y siguientes) (Ducloux, 1994). Es en el Antiguo Testamento donde encontramos las primeras referencias a esta institución (Prieto Godoy, 2011). Aunque por razones obvias la evolución propia del Derecho ha distanciado uno y otro concepto, la esencia del asilo sigue siendo la misma: “la búsqueda de refugio o acogida en un lugar lejano con el fin de evitar un mal o amenaza” (Díez de Velasco, 2007: 623). En este sentido, una definición apropiada es la dada por el Instituto de Derecho Internacional, en su sesión celebrada en Bath, allá por el año 1950. De esta manera, por asilo hemos de entender “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” (López Garrido, 1991: 7).

121

En este orden de ideas, se hace imprescindible establecer la diferenciación entre el asilo territorial y el asilo diplomático. En primer lugar, como bien señala Gortázar Rotaache (1997: 59), de una manera lógica, hemos de decir que, siguiendo una línea cronológica, el asilo territorial precede al asilo diplomático, en tanto en cuanto el segundo aparece una vez nacen los Estados modernos.

El texto más importante sobre asilo territorial es la Declaración sobre el Asilo Territorial, plasmada en la Resolución 2312 de 14 de diciembre de 1967. Esta Declaración recuerda lo establecido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, esto es, se consagra el derecho a buscar y disfrutar del asilo (Vid. De Castro Sánchez, 2009: 122 y siguientes; Pinjuv, 2015; Estrada Tanck, 2017: 257 y 258; Espinar Vicente, 2008: 273) // y se adentra a regular de manera somera en cuatro artículos las características de esta figura jurídica. En cuanto que Declaración, su contenido se reviste de una obligación moral, más que jurídica. No obstante, como bien señala Ventura Robles (1996: 255 a 265):

“La Declaración ha venido obteniendo paulatinamente el reconocimiento de su fuerza obligatoria”.

En este sentido, cabe reseñar algo importante: la hipotética concesión del asilo descansa sobre el ejercicio de la soberanía estatal, y se otorgará a aquellas personas que aleguen lo contenido en el art. 14 de la DUDH (Díez de Velasco, 2007: 625).

Por otro lado, y en tanto en cuanto el asilo diplomático (Vargas Carreño, 2007: 493 a 500) se lleva a cabo en delegaciones diplomáticas, el Estado en cuestión no goza de una facultad íntegra como sí lo tiene en el asilo territorial. Sin embargo, sí es cierto que la embajada de un Estado no puede ser violada en modo alguno por el Estado del lugar en el que se encuentra, de tal suerte que si una persona es acogida en una embajada, podrá gozar de protección siempre que se mantenga en ella (Torroja Mateu, 2007). A estos efectos es muy aclaratoria la Sentencia de la Corte Internacional de Justicia sobre el caso de Víctor Raúl Haya de la Torre (Corte Internacional de Justicia, 1992: 27; Vázquez, 2017: 213 a 228), que viene a establecer de un modo diáfano la diferencia entre ambos tipos de asilo. Así, el asilo territorial solo es encuadrable dentro del normal ejercicio de la soberanía territorial de un Estado, mientras que, en el caso del asilo diplomático, y en tanto en cuanto el refugiado se encuentra en el territorio del Estado donde supuestamente se ha cometido la infracción o delito, esta decisión de otorgar asilo diplomático supone una “derogación de la soberanía del Estado donde se cometió el delito”. Cabe decir también aquí, que el asilo diplomático ha estado y está muy ligado al ámbito latinoamericano, ya que es en esa región donde se considera una costumbre arraigada, y donde ha tenido un desarrollo convencional, como se puede comprobar con la Convención de Caracas de 1954 sobre Asilo Diplomático, además de otros textos anteriores (Díez de Velasco, 2007: 134 y siguientes).

122

Una vez hemos delimitado el concepto de asilo territorial y establecido su diferencia con el asilo diplomático, se vislumbra en la doctrina otro extremo que es menester aclarar con el fin de no arribar a confusiones. Nos estamos refiriendo a la diferencia entre el asilo territorial y lo que los convenios internacionales (especialmente la Convención de Ginebra de 1951 y su Protocolo de 1967) denominan “refugio” (Monereo Pérez, 2017: 55 a 116; Larreátegui Benavides, 2011: 36 y siguientes). Así, como ya hemos visto y explicado anteriormente, mientras que el asilo cae en la órbita de la soberanía del Estado, y por lo tanto es facultad de este otorgar asilo o no, el refugio nace de los convenios internacionales, y, por lo tanto, lo estipulado en dichos convenios internacionales obligará solamente a aquellos Estados Parte que hayan ratificado dichos textos. En este sentido, resulta esencial conocer que este estatuto de refugiado (siempre que se den los requisitos previstos en los convenios internacionales), no supone obligación de dar asilo para los Estados Parte. En síntesis, las obligaciones derivadas de los convenios internacionales sobre el refugio para los Estados se han visto comprimidas a dos deberes jurídicos: 1) la no devolución del solicitante de asilo al país de persecución y 2) el otorgamiento de unos derechos mínimos para estas personas.



Como explica perfectamente Gortázar Rotaache (1997: 80 y 81), ni la Convención de Ginebra de 1951 ni su Protocolo de 1967 imponen una obligación de conceder el asilo (Rubio Correa, 1999: 137 a 148). Por su parte, López Garrido (1991: 17), establece la diferencia entre, lo que hasta ahora hemos llamado “asilo”, y el refugio, afirmando que el refugio únicamente implica la aplicación del llamado principio de no devolución. En este mismo sentido, resulta muy pertinente traer a colación lo dispuesto por Santolaya Machetti (2001: 33 y 34), a la hora de distinguir ambos conceptos:

“...Existiría en consecuencia un doble estatuto:

El primero (refugio), de origen internacional y con auténtico contenido obligatorio sería el representado por el non refoulement (no devolución).

[...]

El segundo, de origen puramente interno, y de nivel constitucional o legal, supone otorgar asilo territorial, en las condiciones determinadas por la propia normativa nacional”.

No obstante, como también señala este autor, los llamados actos “de naturaleza graciable” cada vez tienen menos cabida en aquellos Estados donde existe realmente un sistema constitucional y democrático dentro del cual sería muy difícilmente justificable la existencia de actos discrecionales llevados a cabo por el Estado, que caen fuera de la órbita de control jurisdiccional, impidiendo ser, por lo tanto, examinados por los Tribunales del Estado en cuestión. Así, como veremos más adelante, muchos Estados, como el español, han superado esta dualidad de conceptos, entendiéndose a partir de un determinado momento que una persona refugiada es una persona que ha solicitado asilo de acuerdo con la Convención de Ginebra de 1951; de tal modo que el concepto de asilo entendido como facultad o potestad voluntaria derivada de la soberanía (y no de una obligación jurídica impuesta internacionalmente), ha perdido importancia a nivel jurídico.

2. EL CONCEPTO DE REFUGIADO DADO POR LA CONVENCIÓN DE GINEBRA DE 1951 SOBRE EL ESTATUTO DE LOS REFUGIADOS Y SU PROTOCOLO DE NUEVA YORK DE 1967.

En este punto, es oportuno delimitar el concepto de refugiado plasmado en la Convención de Ginebra de 1951 y en su Protocolo de 1967 (Linde Paniagua y Moreno Díaz, 2005: 90)^{1/2}, y que el Derecho de la Unión Europea acoge en la actualidad en su art. 78 del Tratado de Funcionamiento de la Unión (Molina del Pozo, 2011: 187), así como en su normativa de Derecho derivado (Reglamentos, Directivas, etc.).

De acuerdo con Feller, Türk y Nicholson (2010: 3):

“La Convención de 1951 y su Protocolo de 1967 son la moderna representación legal de la antigua tradición universal de conceder asilo a quienes se encuentren en peligro y en riesgo”.

Esencialmente, son estos dos instrumentos jurídicos los que de un modo universal han de hacerse valer por la Comunidad Internacional, junto a otros (López Garrido, 1991: 25)^{3/4}. La Convención de 1951 define el estatuto de refugiado, y regula aspectos sobre asistencia administrativa, estatus personal del refugiado, exención de reciprocidad, acceso a la justicia, empleo, expulsión, cargas fiscales, documentos de viaje, libertad religiosa, derechos de propiedad de los refugiados, derecho a la asociación, educación, legislación laboral, seguridad social, libertad de movimiento, etc (Grahl-Madsen, 1966: 33). Así, en primer lugar, en su capítulo primero sobre disposiciones generales, la Convención de 1951 en el art. 1A 2) define qué persona se ha de considerar “refugiado”⁵:

“persona que como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1.º de enero de 1951, y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, 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 nacionalidad⁶ y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él”.

124

Es importante señalar aquí que la Convención de 1951 en el mismo art. 1, otorga la protección internacional a dos tipos de personas en función de una condición temporal:

- Personas que hayan sido consideradas como refugiadas en virtud de los Arreglos del 12 de mayo de 1926 y del 30 de junio de 1928, o de las Convenciones del 28 de octubre de 1933 y del 10 de febrero de 1938, del Protocolo del 14 de septiembre de 1939 o de la Constitución de la Organización Internacional de Refugiados⁷;
- Personas que se vean en riesgo o peligro “como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1º de enero de 1951”⁸.

La Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 también dieron respuesta a los refugiados provenientes del “bloque del Este”, así como a las personas refugiadas que huían de las dictaduras de España, Grecia y Portugal (López Garrido, 1991: 10).



Si bien es cierto que la Convención de 1951 contemplaba esta limitación temporal, posteriormente se vino a eliminar tal restricción con el Protocolo de 1967⁹, que da por omitidas las condiciones temporales que hacen referencia a los hechos acaecidos durante la II Guerra Mundial, de tal modo que lo estipulado en la Convención de Ginebra pasa a ser legalmente válido para cualquier persona que se encuentre en las condiciones de ser merecedora de protección internacional. Así mismo lo establece el Protocolo:

“...se darán por omitidas las palabras ‘como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1.º de enero de 1951 y ...’ y las palabras ‘... a consecuencia de tales acontecimientos’”.

De esta manera, el Protocolo justifica esta supresión de la condición temporal del siguiente modo:

“Considerando que han surgido nuevas situaciones de refugiados desde que la Convención fue adoptada y que hay la posibilidad, por consiguiente, de que los refugiados interesados no queden comprendidos en el ámbito de la Convención.

Considerando conveniente que gocen de igual estatuto todos los refugiados comprendidos en la definición de la Convención, independientemente de la fecha límite de 1º de enero de 1951...”

125

De este modo, la cláusula temporal sobre los acontecimientos ocurridos antes de enero de 1951 tendría solamente vigor para aquellos Estados que no son parte en el Protocolo de 1967¹⁰.

En esta línea, el art. I, apartado 3 también dispone que el Protocolo será aplicado sin ninguna limitación geográfica. Además, los Estados Parte deben cooperar con el ACNUR y se obligan a suministrarle datos sobre la condición de los refugiados, la ejecución del Protocolo, y la entrada en vigor en su país de Leyes, reglamentos y decretos que impliquen a las personas refugiadas.

Retomando el tema de la definición de refugiado que da la Convención de 1951, entendemos que se trata de una definición compleja, por lo que se hace imprescindible explicarla de manera pormenorizada. En este sentido, iremos desgranando conforme a los criterios del ACNUR, cómo ha de interpretarse la definición de refugiado expuesta.

2.1 Los fundados temores de ser perseguido o perseguida

El primer requisito que ha de cumplirse para obtener el estatuto de refugiado es el de tener fundados temores de ser perseguido o perseguida. Tal y como explica el ACNUR, en este requisito deben converger dos elementos: de un lado, puede aseverarse que el temor es

un concepto eminentemente subjetivo que tiene una persona, y por ello mismo, dicho temor puede estar amparado por una situación objetiva o bien puede corresponderse a una idea o percepción errónea de la persona que siente temor, sin razones reales u objetivas que sustenten el mismo. Es por este motivo, que para el caso que nos ocupa, además del elemento subjetivo del temor, ha de existir una situación real y objetiva que sea la causa del temor. En definitiva, “el temor debe ser razonable” (ACNUR: *Manual de procedimientos y criterios...*,1992: 12, 13 y 14).

Un punto interesante en este primer requisito recae en saber quién debe ejercer la “persecución” a los solicitantes de asilo para ser considerados refugiados a efectos de la Convención. En este sentido, pueden entenderse como potenciales perseguidores a:

- Autoridades de un país contra sus nacionales;
- “Sectores de la población que no respetan las normas establecidas por las leyes de su país;
- Sectores de la población que dan un trato vejatorio a otros sectores ante la pasividad de las autoridades” (ACNUR: *Manual de procedimientos y criterios...*,1992: 17).

126

2.2 Persecución por motivos de raza

El segundo requisito de la definición consiste en que esa persecución debe ser por alguno de estos motivos: “raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social u opiniones políticas”. Como se desprende de la definición, el primero de estos motivos es el de la raza¹¹. Como bien recuerda el ACNUR, el concepto de raza contemplado en la Convención de 1951 ha de entenderse de un modo amplio, esto es, abarcando todos los grupos étnicos. Sin embargo, cabe señalar que el simple hecho de pertenecer a una raza determinada no es suficiente para alegar persecución. Dicho esto, cabe la excepción a este principio cuando se dan situaciones en las que, teniéndose en cuenta las circunstancias que rodean a ese grupo racial, la sola pertenencia a dicha raza sí puede ser motivo de persecución (ACNUR: *Manual de procedimientos y criterios...* ,1992: 17).

2.3 Persecución por motivos religiosos

Otro motivo por el que pueden ser perseguidas las personas a efectos de la Convención de 1951 es el motivo religioso. Al igual que la mera pertenencia a una raza no es suficiente para solicitar asilo, el pertenecer a un grupo religioso o profesar una religión concreta no basta para obtener el estatus de refugiado. De todos modos, como excepción, hay ocasiones en que la sola pertenencia sí puede constituir razón bastante para obtener dicho estatus. Cabe señalar en este punto que la persecución por motivos religiosos puede consistir, entre otras cosas, en la “prohibición de pertenecer a una comunidad religiosa, del culto en privado o en público, de la instrucción religiosa...”, etc (ACNUR: *Manual de procedimientos y criterios...* ,1992: 18). Para delimitar de manera precisa este tipo de persecución por motivos religiosos, así como para complementar lo establecido en el



Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado, el ACNUR estableció en 2002 sus propias Directrices¹² sobre este tema^{13/14}.

En primer lugar, lo que hacen estas Directrices es reflexionar sobre el término “religión”. Así, se establece una premisa clara: el uso de la palabra, a efectos de la Convención de 1951, puede ser interpretado de forma que incluya la libertad de pensamiento, conciencia o religión. Igualmente, este concepto incluiría aquellas situaciones en las que el individuo no profese religión alguna o se negase a profesarla. Llegados a este punto, es muy importante tener en cuenta que no toda restricción o limitación al ejercicio del derecho a la libertad religiosa va a suponer motivo bastante para entender que existe persecución a los efectos de la Convención de 1951. En este sentido, para evaluar si realmente se puede hablar de persecución por motivos religiosos, habrá que evaluarse detalladamente la amplitud de dicha restricción además de la severidad del castigo por incumplimiento de esta. En este mismo orden de cosas, se ha de atender a las circunstancias personales de la persona supuestamente perseguida, pues entiende el ACNUR que la misma restricción o limitación puede afectar de manera muy distinta a la persona religiosa en función de su propia personalidad¹⁵.

Al igual que no toda restricción o limitación del ejercicio a la libertad religiosa supone de manera automática la existencia de persecución, hemos de decir que no toda discriminación a priori es suficiente para acogerse a la normativa internacional contemplada en la Convención de 1951. Así, ante una solicitud de asilo por motivos religiosos cuyo fundamento se oriente a la discriminación, habrá de distinguirse si dicha discriminación supone un trato preferencial a una religión en detrimento de otra, o bien si es tal la naturaleza de la discriminación que menoscaba de manera palmaria los derechos fundamentales del solicitante.

127

En este sentido, prosigue el ACNUR diciendo que las conversiones forzadas suponen una seria violación de los derechos humanos, entendiéndose por lo tanto que, de manera común, estas prácticas suponen persecución. Sin embargo, establece como posible excepción aquellas situaciones en las que un individuo en concreto ha sido forzosamente convertido a una religión, pero antes de este acto, el individuo no profesaba ninguna fe en particular (ni siquiera el ateísmo), y, por lo tanto, esta situación no ha sido de especial relevancia para la persona. En estos casos, se entiende que habría que evaluar el impacto personal de la conversión forzada.

Una situación parecida a la anterior consiste en el cumplimiento forzado de determinadas prácticas religiosas. Estas prácticas religiosas pueden consistir en la instrucción de una

determinada religión a personas que no la profesen, o el asistir de manera forzosa a ceremonias religiosas de una determinada índole. También es posible que este cumplimiento forzado se traduzca en la imposición de Leyes y normas civiles o penales discriminatorias por parte de un Estado en favor de una religión y en detrimento de otra u otras. Para evaluar si estos cumplimientos forzados pueden constituir persecución, habrá de atenderse a:

- “Hasta qué punto los actos o prácticas son contrarias a las creencias de la persona, su identidad o forma de vida;
- El castigo ante el incumplimiento de dichas prácticas” (Directrices del ACNUR sobre solicitudes de asilo por motivos religiosos, 2004: 7).

Si los castigos son desproporcionados, y la injerencia de las prácticas forzadas en la persona son del todo “intolerables”, podemos afirmar, sin lugar a duda, que nos encontramos ante un claro caso de persecución por motivos religiosos.

También hace hincapié el ACNUR en sus Directrices, en el género de la persona solicitante. Es decir, existen en el mundo, y esto no es algo que escape al conocimiento público, religiones en las cuales el trato dado a la mujer resulta denigrante u ofensivo. El ACNUR define este trato con ejemplos, tales como “códigos de vestimenta, restricciones de movimiento, prácticas dañinas o trato desigual” (Directrices sobre asilo por motivos religiosos, 2004: 7). Es por este motivo, que cuando desde el poder de un Estado, es decir, desde la autoridad de un país no se quiere o no se puede proteger a estas personas, se ha de entender que existe persecución.

Finalmente, en lo que a las Directrices sobre solicitudes por motivos religiosos se refiere, el ACNUR hace un breve análisis de aquellos casos consistentes en la objeción de conciencia aplicada al servicio militar. Es decir, hay creencias o religiones que, por su naturaleza, entienden que no se debe prestar el servicio militar. Como es sabido, en algunos Estados el servicio militar es obligatorio por Ley. Esta situación supondrá persecución cuando los creyentes de una religión se abstengan de realizar el servicio militar por “convicciones políticas, religiosas o morales o en razones válidas de conciencia” (Directrices sobre asilo por motivos religiosos, 2004: 8). Como ejemplos de persecución en este ámbito, el ACNUR establece:

- Cuando una Ley “impacta de manera diferente a grupos específicos”, o “es aplicada de manera discriminatoria”;
- Cuando el castigo por la abstención de prestar el servicio militar es “en sí mismo excesivo o desproporcionadamente severo”;
- Cuando “no se puede esperar razonablemente que el servicio militar sea cumplido por el individuo a causa de sus genuinas creencias o convicciones religiosas” (Directrices sobre asilo por motivos religiosos, 2004: 8).



2.4 Persecución por motivos de nacionalidad

Siguiendo con los motivos por los que se puede solicitar asilo, el siguiente en la definición es el constituido por la nacionalidad. En un primer lugar, conforme a los criterios del ACNUR, se establece que este concepto de nacionalidad no se equipara únicamente al de “ciudadanía”, y ocurre que en ocasiones puede coincidir con el concepto de “raza” visto anteriormente. Otras veces el concepto de nacionalidad puede referirse a un determinado grupo lingüístico dentro de un Estado, sin ostentar un pasaporte diferente¹⁶.

2.5 Persecución por la pertenencia a un determinado grupo social

En este mismo orden de cosas, la persecución también puede venir dada por pertenencia a un determinado grupo social. Aunque puede haber excepciones, el criterio general es que la mera pertenencia a un grupo social determinado no es motivo suficiente para conseguir el estatus de refugiado. En este sentido, según el Manual del ACNUR (párrafo 77): “un determinado grupo social suele comprender personas de antecedentes, costumbres o condición social similares”. Para evitar posibles confusiones a la hora de delimitar qué ha de entenderse por un determinado grupo social, el Alto Comisionado se preocupó de definirlo en sus Directrices sobre pertenencia a un determinado grupo social¹⁷:

“un determinado grupo social es un grupo de personas que comparte una característica común distinta al hecho de ser perseguidas o que son percibidas a menudo como grupo por la sociedad. La característica será innata e inmutable, o fundamental de la identidad, la conciencia o el ejercicio de los derechos humanos” (p. 4).

Es pertinente mencionar que no existe un conjunto cerrado de “determinados grupos sociales” que pueden sufrir persecución a efectos de la Convención de 1951, sino que se trata de una lista abierta. Además, no se requiere la cohesión del grupo social, es decir, a efectos de solicitar asilo por pertenencia a un colectivo, el solicitante no habrá de probar que los integrantes del grupo se reconozcan como tal. En palabras llanas, el grupo social no tiene por qué estar unido. Del mismo modo, el potencial solicitante de asilo no debe demostrar que todos y cada uno de los miembros del grupo son perseguidos.

En este sentido, puede ocurrir que haya algunos miembros que oculten la característica fundamental que los incluye dentro del grupo, y por este motivo no sean objeto de persecución. En este punto, finalmente cabría señalar que, para solicitar asilo por pertenencia a un determinado grupo social, la persecución no tiene por qué proceder de manera obligatoria del poder público, es decir, del Estado donde resida el grupo. Las Directrices establecen que, si un agente no gubernamental persigue al grupo social, y el Estado no quiere o no puede proteger al solicitante o solicitantes, nos encontraríamos ante

una solicitud de asilo digna de ser aceptada en los términos que recoge la Convención y el Protocolo.

2.6 Persecución por expresión de opiniones políticas

Finalmente, el texto de la Convención contempla como motivo de persecución la expresión de opiniones políticas, normalmente contrarias a las del Gobierno de turno (Martínez Ladrón, 1992). En los países con cierto nivel de democracia, el hecho de tener opiniones políticas discrepantes de las mantenidas por los gobernantes no debería suponer una premisa para solicitar asilo. Sin embargo, cuando las autoridades del Estado en cuestión no toleran las opiniones políticas contrarias a sus tesis o postulados, y emprenden actuaciones tendentes a oprimir o represaliar a las personas que, en el ejercicio de su libertad de expresión, manifiestan las mismas, nos encontraremos ante una situación contemplada por la Convención de 1951.

En este sentido, cabe diferenciar cuando una persona es enjuiciada por opinar sobre política, y cuando es enjuiciada por llevar a cabo actos delictivos con una motivación política. De este modo, si una persona movida por intereses políticos cometiera algún acto que en la legislación del país se considerare delictivo o punible, el temor de ese enjuiciamiento no constituiría por sí solo una razón para obtener el estatus de refugiado. No obstante, sí puede ocurrir que, cuando una persona ha cometido un acto delictivo con motivaciones políticas, esa persona sufra una pena exagerada en relación con el acto. Esa pena exagerada tendría como fin el castigar, no solo el acto en sí, sino también sus ideas políticas. En esta situación, conforme a los criterios del ACNUR, dicho castigo excesivo o no sujeto a un razonamiento jurídico lógico, sería equiparable a la persecución. Además, para evaluar si se ha de considerar refugiado a un delincuente político hay que tener en cuenta:

- “Personalidad del solicitante;
- Sus opiniones políticas;
- Motivación del acto;
- Naturaleza del acto castigado;
- Naturaleza del enjuiciamiento y sus motivos;
- Naturaleza de la norma legal” (ACNUR: *Manual de procedimientos y criterios...*, 1992: 18, 19 y 20).



3. DELIMITACIÓN DEL ASILO DE ACUERDO CON EL CEDH Y LA DOCTRINA DEL TEDH

El estudio del derecho de asilo desde la óptica de la organización del Consejo de Europa¹⁸ (López Barja de Quiroga y García-Comendador Alonso, 2008: 13 y siguientes) (Fernández Martínez, 2012: 190) (Prieto Godoy, 2011: 131 y siguientes), resulta pertinente para fijar un foro regional de la regulación de la institución objeto de nuestro estudio.

Dicho esto, diremos que la protección del derecho de asilo por vía del CEDH (Gortázar Rotaache, 1997: 209¹⁹) (García Roca y Santolaya Machetti, 2005) es una protección indirecta. Ello es así, en la medida en que a lo largo del mencionado Convenio no encontramos la palabra “asilo”. Así lo recoge López Garrido (1991: 153):

“El demandante de asilo, decimos, puede beneficiarse, de forma indirecta, de algunos de los derechos concebidos dentro del contexto del Convenio Europeo. Nos referimos a los arts. 3, 8 y 13 de dicho Convenio”.

Pero, ¿por qué el CEDH no menciona el asilo en sus artículos y los refugiados solo pueden verse protegidos de un modo indirecto? Santolaya Machetti (2001: 133 y 134) lo aclara: “El CEDH no contiene un expreso reconocimiento del derecho de asilo porque, a pesar de los intentos efectuados durante su elaboración, no se logró el consenso necesario en este punto. Sin embargo, y al igual que ocurría cuando nos referíamos al problema de la constitucionalización del derecho de asilo en los ordenamientos internos, hay que concluir que ese dato no ha impedido que algunas de las previsiones del CEDH sean aplicables a los refugiados y solicitantes de asilo, creando con ello un embrión de estatuto jurídico internacional que no permite seguir concibiendo el asilo como dependiente exclusivamente de la voluntad del Estado”.

Se puede verificar con ello, una vez más a la luz de lo expuesto, la dificultad de encontrar un consenso a nivel internacional sobre este tema, y las diferencias entre los distintos Estados.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo (TEDH) coincide en señalar reiterativamente en su jurisprudencia, los siguientes artículos del CEDH como aplicables a las personas refugiadas y solicitantes de asilo: el art. 3, relativo a la prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos; el art. 5 apartado 4, relativo a la privación de la libertad; el art. 8, relativo al derecho al respeto a la vida privada y familiar; el art. 13, sobre el derecho a un recurso efectivo; el art. 14 sobre la no discriminación en el goce de los derechos reconocidos en el Convenio; el art. 4 del Protocolo nº 4 Adicional al Convenio

sobre expulsiones masivas de extranjeros; y quizás en menor medida el art. 1 del Protocolo nº 7 Adicional al Convenio.

Resulta comprensible que, tal y como señalan el Consejo de Europa y la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en estas situaciones donde las personas refugiadas ven violados sus derechos más elementales, pudiera ser de aplicación también el art. 2 del CEDH, relativo al derecho a la vida:

“En casos extremos, el alejamiento, la expulsión o la extradición también pueden plantear un problema con arreglo al art. 2 del CEDH, que protege el derecho a la vida”. (Consejo de Europa y Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2014: 39).

Pues bien, a continuación, pasaremos a analizar los artículos del CEDH mencionados para ver cómo los refugiados pueden obtener protección internacional con base en los mismos.

3.1 El art. 3 CEDH

En primer lugar, el art. 3 del CEDH dice:

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

132

En un primer momento, de la redacción del artículo podemos observar, como bien recalca Gortázar Rotaeché (1997: 229), que este artículo del CEDH es más garantista que el art. 33 de la Convención de 1951. Recordemos en este sentido, que el apartado 2 del art. 33 de la Convención establecía la excepción de que los refugiados no podrían invocar los beneficios del texto ginebrino, cuando sean considerados, por razones fundadas, como un peligro o amenaza para la seguridad del país. Pues bien, en el art. 3 del CEDH no existen obstáculos de este tipo resultando suficientemente claro (Freixes Sanjuán y Remotti Carbonell, 1997: 161 a 191). Conforme señala la doctrina jurisprudencial del TEDH, “el art. 3 CEDH consagra uno de los valores fundamentales de una sociedad democrática y prohíbe en términos absolutos la tortura y los tratos o penas inhumanos o degradantes, independientemente de cuál sea la conducta de la víctima, y aun en caso de que sea indeseable o peligrosa” (Consejo de Europa y Agencia de los Derechos Fundamentales, 2014: 70).

En un primer lugar, resulta oportuno comentar la sentencia TEDH de 20 de marzo de 1991, caso Cruz Varas y otros contra Suecia (Byrne, 2009: 89). Este caso trata de un ciudadano chileno al que se le denegó la solicitud de asilo por parte de Suecia. El motivo del asilo consistía en que este ciudadano, en el momento en que se produjo el derrocamiento de Salvador Allende, participaba políticamente en partidos de izquierda, contrarios, por lo tanto, al nuevo régimen de Pinochet. Participó en varias actividades políticas, por lo que fue arrestado hasta en tres ocasiones, hasta que finalmente en 1987 pidió asilo en Suecia. El 21 de abril de 1988, Suecia decide expulsar a Chile al demandante junto con su esposa e hijo (2º y 3º demandante). La postura del país nórdico consistía en que no existían razones suficientemente fundadas para ser considerados



refugiados. A la luz de lo expuesto, los demandantes afirmaron ante el TEDH que la expulsión a Chile supondría crear la posibilidad de que el primer demandante, el señor Varas, fuera torturado por la policía, como ya lo fue las otras veces que estuvo arrestado, además del trauma consistente en tener que regresar de manera forzosa a un país donde se ha sufrido un trato inhumano o degradante.

Pues bien, ante este panorama, el TEDH falla finalmente aduciendo que no existe vulneración del art. 3 del CEDH, por los motivos que ahora se explican. En primer lugar, reseña el TEDH que el señor Varas, durante su estancia en Chile, después de ser expulsado por las autoridades suecas, no ha sido capaz de encontrar pruebas o testigos que corroboren que efectivamente ha llevado a cabo actividades políticas en políticos o grupos de izquierda, que pudieran colocarle en una suerte de “preso político” para el régimen autoritario chileno del momento. En segundo lugar, advierte el TEDH, que la situación política de Chile ha ido evolucionando hacia un sistema democrático, hasta tal punto, que se habían producido retornos voluntarios de refugiados chilenos a su país, en vistas de los nuevos aires democráticos que llegaban a su país. Entiende igualmente, que las autoridades suecas, previamente a la expulsión del demandante, realizaron un exhaustivo estudio sobre su situación, y su decisión estuvo perfectamente motivada. De todo ello, el TEDH sentencia:

“Estas consideraciones llevan al Tribunal a concluir la falta de motivos serios y acreditados para creer que la expulsión del primer Demandante exponía a éste a un riesgo real de sufrir tratos inhumanos o degradantes a su regreso a Chile en octubre de 1989. Por consiguiente, no ha habido violación del artículo 3 a este respecto”.

En este mismo orden de cosas, la sentencia del TEDH caso Said contra Países Bajos de 5 de julio de 2005, en el que las autoridades, ante la imposibilidad del solicitante de asilo de aportar documentación sobre su identidad y nacionalidad (se trataba de un ciudadano de Eritrea), entendieron que su relato no era lo suficientemente creíble, y por lo tanto expulsaron al ciudadano a su país de origen. Sin embargo, el TEDH entendió que su argumentación era lo bastante sólida, tomando en cuenta lo dispuesto por Amnistía Internacional en este sentido y por lo tanto, las autoridades públicas de dicho país habrían infringido el art. 3 del CEDH (Vedsted-Hansen, 2015: 117). Sentencia el Tribunal:

“En el caso que nos ocupa es conveniente tener en mente que el solicitante de asilo ha sido arrestado por las autoridades militares de Eritrea después de que el solicitante hiciera algunas críticas, y la identidad del solicitante es conocido por dichas autoridades. También conoce este Tribunal que las autoridades en Eritrea llevan un registro de nombres de desertores (como es el caso del solicitante)... El Tribunal considera que hay fundamentos suficientes para creer que si el solicitante es devuelto a Eritrea, quedaría expuesto a un riesgo real de ser víctima de tortura o tratos inhumanos o degradantes”.

También es pertinente traer a colación el caso N. contra Suecia, sentencia de 20 julio 2010. En este caso se plantea si la deportación de una mujer a Afganistán supondría la violación del art. 3 CEDH. La solicitante de asilo llevaba residiendo en Suecia desde 2004

y había querido divorciarse de su marido. Ante este hecho, y teniendo en cuenta las especiales circunstancias de la sociedad afgana, esto es, la existencia de unas rígidas normas opresivas hacia las mujeres, el TEDH entendió que su devolución a Afganistán vulneraría el art. 3 CEDH. Así se expresó el Tribunal en este caso:

“Teniendo en cuenta todo lo anterior, y las especiales circunstancias del presente caso, el TEDH encuentra que hay fundamentos suficientes para creer que si la solicitante de asilo es deportada a Afganistán, tendrá que enfrentar varios riesgos de represalias que caen dentro del ámbito del art. 3 CEDH, por parte de su marido, la familia de su marido, su propia familia y la sociedad afgana en su conjunto. Por ello, el TEDH entiende que la aplicación de la deportación supondría una violación del art. 3 del Convenio” (Vedsted-Hansen, 2015: 114).

Otro ejemplo de conculcación del art. 3 CEDH sería el caso MO. M contra Francia, sentencia de 18 de abril de 2013. Se trata de un ciudadano procedente del Chad que fue acusado por su gobierno de colaborar con los rebeldes de aquel país. Antes de llegar a Francia, donde pidió asilo, este ciudadano fue torturado por las autoridades del gobierno. El TEDH, tras analizar la situación política en el Chad y los informes médicos aportados por el solicitante, sobre los que sostenía su afirmación de que había sido torturado, fueron suficientes para que el Tribunal entendiera que la expulsión de este ciudadano suponía la vulneración del art. 3 CEDH. Expresaba el Tribunal su razonamiento como sigue:

“El Tribunal estima, en vista del perfil del demandante, de los certificados médicos que prueban que sufrió torturas y de la situación en el pasado y actual en Chad, que existe en las circunstancias particulares del caso, un riesgo real de que éste sea sometido a tratos contrarios al artículo 3 del Convenio por parte de las autoridades chadianas en caso de ejecutar la medida de retorno”.

De la jurisprudencia del TEDH se desprende que sobre el solicitante de asilo recae el deber de presentar pruebas de que efectivamente, existen motivos fundados para temer, en caso de expulsión, un trato inhumano o degradante. Un caso bastante ilustrativo es el caso de Matsiukhina y Matsiukhin contra Suecia, de 21 de junio de 2005. Se trata de una decisión parcial del TEDH sobre la admisibilidad del recurso que presentaron los dos demandantes procedentes de Bielorrusia. La señora Matsiukhina y el señor Matsiukhin pidieron asilo en Suecia el 28 de mayo de 2002. La señora Matsiukhina por su parte, durante la entrevista con las autoridades suecas, explicó que después de obtener su título de Derecho, se afilió a las juventudes de la Unión Patriótica de Bielorrusia. Además, trabajaba para dicha organización, gestionando todo tipo de documentación. Durante su trabajo, se dio cuenta que la organización para la que trabajaba, estaba envuelta en varias actividades ilegales, entre las que se encontraba el blanqueo de capitales, y las transferencias de importantes sumas de dinero a cuentas de altos cargos del partido político al que pertenecía la organización. Ella puso en conocimiento de la policía estos hechos, tras lo cual recibió varias amenazas. A raíz de estos acontecimientos, finalmente fue despedida, lo que le llevó a un grado de nerviosismo tal, que tuvo que ser



hospitalizada. Su marido, el señor Matsiukhin también empezó a recibir llamadas amenazantes. Un día incluso fueron asaltados en su casa por dos hombres, que les preguntaron acerca de la documentación que manejó durante su etapa de trabajadora en la organización.

Cuando contaron estos hechos a las autoridades suecas, dichas autoridades entendieron que fueran o no ciertos dichos hechos, no podían ser considerados refugiados en ningún caso, además de que según ellos, los solicitantes no habían buscado protección en las autoridades de su propio país. Igualmente recalcan las autoridades suecas que después de reportar las actividades ilegales a la policía, la demandante siguió trabajando por un tiempo en la organización, de lo que se desprende que la situación de amenaza no era tan grave. También mencionaron que la situación general de Bielorrusia no era tan peligrosa como para que constituyera un poso jurídico que sostuviera sus peticiones de asilo. Pues bien, a la luz de lo expuesto, el TEDH falló como sigue:

“La Corte, unánimemente, decide aplazar su pronunciamiento sobre si la expulsión de los demandantes a Bielorrusia supondría un riesgo que llevara a la conculcación del art. 3 CEDH” (Resolución parcial sobre la admisibilidad de la solicitud núm. 31260/04 de Vasilina Matsiukhina y Aliaksandr Matsiukhin contra Suecia).

135

Lo cierto es que la decisión parcial que venimos estudiando, es parca en explicaciones. Sin embargo, del aplazamiento o suspensión del TEDH se deduce una cosa, y es que, como sostiene el *Manual de Derecho europeo sobre asilo, fronteras e inmigración* (2014: 79), “cuando falta información o cuando existe una razón de peso para dudar de la veracidad de las pruebas, el individuo debe dar una explicación satisfactoria”. En este caso el TEDH se posicionó más bien a favor de la tesis de las autoridades suecas, y suspendió el fallo hasta que los demandantes dieran una explicación más satisfactoria.

3.2 El art. 5 apartado 4 CEDH

Una vez hemos visto de manera concisa alguna jurisprudencia relevante y definitoria de las características del art. 3 del CEDH, procederemos seguidamente a analizar la aplicación del art. 5 apartado 4 CEDH a las situaciones en las que las personas solicitan asilo (Gortázar Rotaeché, 1997: 229) (Santolaya Machetti, 2001: 142). Dicho precepto señala:

“Toda persona privada de su libertad mediante arresto o detención tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su detención y ordene su puesta en libertad si dicha detención fuera ilegal”²⁰.

Cabe aclarar que este precepto no se limita a exigir que un órgano jurisdiccional se pronuncie en un “plazo breve sobre la legalidad de la detención”, sino que exige también

la necesidad de que el órgano “revise la necesidad de una detención continuada” (Consejo de Europa y Agencia de los DDF, 2014: 175).

Para ver la aplicabilidad de este precepto lo mejor es analizar algunas resoluciones del TEDH al respecto. Así, por ejemplo, tenemos en primer lugar el caso Suso Musa contra Malta y Aden Ahmed contra Malta, de 23 de julio de 2013 (Vedsted-Hansen, 2015: 143). Se trata de un ciudadano de Sierra Leona que entró en Malta de manera ilegal en abril de 2011, por lo que posteriormente fue arrestado por la policía. El solicitante presentó un recurso ante los órganos jurisdiccionales de Malta con el fin de que un Juez determinase que su detención había sido ilegal. Posteriormente, el solicitante de asilo alegó que el sistema legal maltés no le había proporcionado una respuesta rápida “(breve plazo) sobre la legalidad de su detención”, ya que tardó más de un año. El TEDH le dio la razón y declaró que, en el presente caso, se había producido una violación del art. 5 apartado 4 del CEDH:

“...la Corte concluye que no ha sido demostrado que el solicitante haya tenido a su disposición un efectivo y rápido remedio bajo la ley interna que le haya permitido determinar la legalidad de su detención”.

136

A modo de ejemplo, y en este mismo orden de cosas, tenemos el caso Gayratbek Saliyev contra Rusia, de 17 de abril de 2014. Se trata de un solicitante procedente de Kirguistán que pide asilo en Rusia, y que tras denegársele el asilo, fue arrestado. En este sentido, en un primer momento lo que hace el TEDH es aclarar que en aquellos casos donde supuestamente se ha violado el art. 5 apartado 4 CEDH, se ha de proceder atendiendo a las circunstancias especiales de cada caso, por lo que es difícil plantear una suerte de esquema genérico que decida en función de unos parámetros invariables si se ha producido o no dicha violación:

“Aunque el número de días tomados para determinar si un plazo es breve o no, es obviamente un elemento importante, no es necesariamente en sí mismo decisivo para la cuestión de si una decisión se ha tomado con la oportuna celeridad (véase caso Merie contra Países Bajos de 20 de septiembre de 2007). Lo que se toma en cuenta es la diligencia mostrada por las autoridades, el retraso atribuible al solicitante y cualquier factor que pudiera causar retraso sin que el Estado fuera el responsable. La cuestión de si el derecho a una rápida decisión ha sido respetado debe determinarse a la luz de las circunstancias de cada caso”.

Prosigue el TEDH argumentando que en el presente caso, dado que el retraso en la decisión a adoptar sobre el recurso presentado, no había influido la conducta del solicitante, se había de interpretar que efectivamente las autoridades rusas habían conculcado con su actuación el art. 5 apartado 4 del CEDH.



3.3 El art. 8 CEDH

Otro de los artículos relevantes para las personas solicitantes de asilo o refugiadas en el texto del CEDH, es el art. 8:

“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 sino en tanto en cuanto 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 los demás”.

Como deducimos rápidamente de la redacción del precepto, y para el caso que nos ocupa, tendrá relevancia en aquellos supuestos en los que el Estado en cuestión expulsa a un extranjero que tiene a sus familiares viviendo consigo en el país de acogida. Como señala Gortázar Rotaeché (1997: 232), esta jurisprudencia del TEDH será aplicable a los extranjeros solicitantes de asilo.

Como ejemplo paradigmático de la situación que acabamos de plantear tenemos el caso Z.H. y R.H. contra Suiza, de 8 de diciembre de 2015. Se trata de dos solicitantes de asilo que contrajeron matrimonio religioso en Irán a la edad de 18 y 14 años respectivamente, donde residieron de manera ilegal. Por este motivo, su matrimonio en Irán no quedó registrado en ningún sitio. El 18 de septiembre de 2011 ambos piden asilo en Suiza, habiendo llegado al país centroeuropeo a través de Italia, donde quedaron registrados en un primer momento como solicitantes de asilo. La oficina federal de inmigración suiza rechazó sus peticiones, ya que en virtud de una normativa comunitaria (que más adelante analizaremos detenidamente), el país al que le correspondía tramitar sus solicitudes de asilo era Italia y no Suiza. Tras recurrir esta decisión, y alegando ya el derecho a la vida familiar, las autoridades suizas entendieron que dado que la legislación suiza prohibía las relaciones con mujeres menores de 15 años, su matrimonio no podía ser una prueba para alegar dicho derecho a la vida familiar, además de que no pudieron acreditarlo con el certificado pertinente. En este sentido, el 4 de septiembre de 2012 uno de los solicitantes, el marido, es expulsado a Italia, mientras que el otro cónyuge permanece en Suiza durante el tiempo en que su solicitud de asilo es tramitada. A raíz de esto, el TEDH hace su particular análisis de la situación.

En primer lugar, establece que el art. 8 CEDH no puede interpretarse en modo alguno como una suerte de imposición a los Estados Parte del deber de reconocer un matrimonio, religioso o de otro tipo, con una persona menor, de 14 años. Sobre el traslado del marido a Italia, comprueba el TEDH que, aun cuando la relación de la que estamos hablando sea considerada como “vida familiar”, el marido regresó a Suiza solo tres días después de haber sido trasladado a Italia, y que pudo permanecer allí, incluso siendo su presencia ilegal a efectos de la legislación interna suiza. Residió allí de facto, y solicitó un reexamen

de su solicitud de asilo, lo que logró. Igualmente, constata el TEDH que la esposa tuvo la oportunidad de acompañar a su marido a Italia, y sin embargo optó por quedarse en Suiza. Por lo tanto, dice el Tribunal, teniendo en cuenta el margen de apreciación permitido a los Estados en materia migratoria, su actuación ha sido correcta y en ningún caso puede decirse que de los hechos acaecidos pueda desprenderse una vulneración del art. 8 CEDH.

En cualquier caso, aunque el fallo del TEDH en este caso fue negativo para los solicitantes, podemos comprobar como en otras circunstancias el TEDH sí hubiera fallado a favor del derecho a la vida familiar²¹.

3.4 El art. 13 CEDH

Siguiendo esta línea, es necesario analizar el art. 13 del CEDH y su potencial incidencia en las situaciones que atañen a las personas refugiadas:

“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”.

138

El TEDH ha venido perfilando qué se ha de entender por “recurso efectivo” en los casos de solicitantes de asilo. El fondo de la cuestión estriba en que estas personas deben poder interponer un recurso ante una instancia nacional que realmente les sirva para defender sus intereses en el ámbito interno del país (Consejo de Europa y Agencia de los DDFF, 2014: 107), es decir, que no sea una suerte de espejismo formal, sino que verdaderamente pueda resultarles útil para hacer valer sus derechos en el plano interno²².

Así, por ejemplo, el caso Abdolkhani y Karimnia contra Turquía, sentencia de 22 de septiembre de 2009 (Vedsted-Hansen, 2015:148), trata de dos personas que se unieron en Irán a la Organización de los Muyahidines del Pueblo. En un momento dado, ambos abandonan la organización por no estar de acuerdo con sus objetivos y métodos. En mayo de 2006 y octubre de 2007 respectivamente, obtienen el *status* de refugiados en Iraq debido fundados temores de ser perseguidos por su pasado y posterior abandono de la organización mencionada. En una fecha desconocida, los dos demandantes llegan de manera ilegal a Turquía, donde son arrestados y expulsados a Iraq. Posteriormente, vuelven a entrar de manera ilegal en Turquía, donde fueron nuevamente arrestados, ya que en un control de carretera, las autoridades turcas advirtieron de la falsedad de sus pasaportes. En 2008 las autoridades turcas intentan deportarlos, esta vez a Irán. No obstante, las autoridades iraníes bloquearon su retorno a Irán pues entendían que donde debían ser deportados era a Iraq. Finalmente, volvieron a Turquía, donde estuvieron retenidos en unas dependencias policiales.



El TEDH, a la vista de la situación, en un primer momento pasa a definir los rasgos característicos que han de regir en la aplicación del art. 13 CEDH:

“Dada la irreversible naturaleza del daño que podría ocurrir si el riesgo de tortura o tratos inhumanos se materializase, y la importancia del art. 3 CEDH, la noción de un efectivo remedio bajo el art. 13 CEDH requiere: 1) un riguroso e independiente escrutinio sobre si existen fundamentos para creer que existe realmente un riesgo de trato inhumano o degradante en el caso de llevarse a cabo la expulsión al país de origen, y 2) un recurso con efecto suspensivo automático”.

Continúa diciendo que cuando los demandantes entraron a Turquía por vez primera, fueron devueltos a Iraq sin que sus alegatos fueran tomados en cuenta por las autoridades turcas. El gobierno turco, ante esta afirmación sostiene que los demandantes no solicitaron asilo en Turquía, ante lo cual el TEDH no puede darle credibilidad, ya que no obra ningún documento que dé soporte a la tesis del gobierno turco. Prosigue el TEDH diciendo que en la ausencia de un procedimiento legal con garantías que sirva para deportar con garantías a los demandantes (cosa que según el TEDH no hubo), aunque los demandantes hubieran pedido asilo en Turquía, hay razones para creer que sus peticiones no hubieran quedado registradas en ningún sitio.

139

Cuando los demandantes entraron por segunda vez en Turquía, y fueron arrestados, indicaron a la policía que eran refugiados en Iraq con base en la Convención de 1951. Aquí otra vez vuelve a ponerse de manifiesto la pasividad que las autoridades turcas, tanto administrativas como judiciales, mostraron ante los relatos de los solicitantes, y su riesgo de sufrir tratos inhumanos o degradantes en caso de ser deportados. También se pone de manifiesto que los demandantes solicitaron asistencia legal a través de un abogado y no se les ofreció. En vista de que durante su tiempo en Turquía en ningún momento pudieron interponer un recurso efectivo, ni tan siquiera recibir asistencia letrada, el TEDH concluye que había habido una violación del art. 13 CEDH.

Otro caso paradigmático de la aplicabilidad del art. 13 CEDH, es el caso A. C. y otros contra España, sentencia de 22 de abril de 2014 (Vedsted-Hansen, 2015: 147). Se trata de 30 solicitantes de asilo de origen sahariano que pidieron asilo en España, ya que eran perseguidos por la policía marroquí a raíz de un incidente en el campamento Gdeim Izik. Sus peticiones de asilo resultaron negativas, por lo que decidieron apelar a los órganos jurisdiccionales españoles, presentando los oportunos recursos contencioso-administrativos y pidiendo la suspensión de la ejecución de la orden de expulsión hasta que se resuelva el litigio judicial. Ocurre que, la Audiencia Nacional ordenó el 27 de enero de 2011 suspender las expulsiones para estudiar los casos. Sin embargo, un día después la Audiencia Nacional consideró que no cabía la suspensión de las expulsiones.

A la vista de esta decisión de la Audiencia Nacional, el TEDH entiende que los recursos judiciales interpuestos por los demandantes no tuvieron el efecto suspensivo automático

deseable, tal y como requiere el art. 13 CEDH, por lo tanto, existió una violación del art. 13 CEDH.

3.5 El art. 14 CEDH

Otro precepto que podría ser aplicable a solicitantes de asilo o personas refugiadas es el art. 14 CEDH:

“El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.

Resulta bastante claro que si atendemos a su redacción, las situaciones de discriminación que se puedan producir en el ámbito que nos interesa, serán a consecuencia del origen nacional de los seres humanos en cuestión. El caso Hode y Abdi contra Reino Unido, sentencia de 6 noviembre 2012 trata de dos demandantes, el señor Ilyas Elmi Hode oriundo de Somalia, y la señora Hawa Aden Abdi, procedente de Djibouti. El señor Ilyas Elmi Hode llegó al Reino Unido el 18 de febrero de 2004, cuando solicitó asilo en aquel país y le fue concedido en marzo de ese año, obteniendo también un permiso de residencia temporal por 5 años con opción a solicitar después uno por tiempo indefinido. En febrero de 2007 el ciudadano somalí viajó hasta Djibouti donde se casó con la señora Hawa Aden Abdi, para posteriormente residir allí durante unos meses, hasta que el señor Ilyas regresó a Reino Unido. Fue entonces cuando su ya esposa, la señora Hawa Aden Abdi, solicitó un permiso de entrada en Reino Unido para poder reunirse con su marido.

En noviembre de 2007 dicha solicitud de entrada le fue denegada por las autoridades británicas, que alegaban que el señor Ilyas al tener tan solo un permiso de residencia por 5 años no podía considerarse una persona “establecida en Reino Unido” a efectos de la normativa interna británica. En febrero de 2008 la esposa dio a luz al hijo de ambos. La esposa recurrió la denegación de entrada ante el órgano jurisdiccional pertinente, pero se denegó su recurso alegando que ella nunca había disfrutado de vida familiar en el Reino Unido, y que no existían obstáculos que impidiesen que el marido se trasladase a Djibouti.

En un primer lugar, el TEDH delimita los rasgos característicos del art. 14 de la siguiente manera:

“...la prohibición de la discriminación en el artículo 14 se extiende más allá del disfrute de los derechos y libertades que el Convenio y los Protocolos requieren que cada Estado garantice”.

Sigue el TEDH sentando las características del artículo al decir que para que realmente exista un trato discriminatorio debe haber una diferencia de trato entre personas en situaciones análogas o similares. Según el Tribunal:



“Esta diferencia de trato es discriminatoria si no tiene ninguna una justificación objetiva y razonable; en otras palabras, si no persigue un objetivo legítimo o si no hay una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo perseguido”.

En sus dilucidaciones el TEDH advierte que el gobierno británico no ha discutido que los demandantes fueron tratados de forma distinta a estudiantes, los trabajadores y sus cónyuges, o los refugiados y sus cónyuges que se casaron antes de salir de su país de residencia permanente (a diferencia de los demandantes que lo hicieron después). Lo que sí sostiene el gobierno, es que los demandantes no estaban en situación análoga a estos grupos. En este sentido, el TEDH entiende que en el caso de los dos demandantes, sí se encontraban en una situación análoga respecto de los grupos mencionados, ya que la única diferencia palpable entre ellos es el momento en que tuvo lugar el matrimonio (antes de abandonar su país de residencia permanente o después de hacerlo).

Llegados a este punto, el cometido del Tribunal consistió en determinar si la diferencia de trato por parte del gobierno británico entre algunos grupos y los demandantes estaba justificada. El gobierno alegó que lo estaba, pues se trataba de incentivar que estudiantes y trabajadores fueran a Reino Unido. Sin embargo, para el caso de los dos demandantes, se defendió el gobierno diciendo que simplemente habían cumplido con su deber de protección internacional, pero que no por ello estaban obligados a ofrecer los mismos incentivos que a otro tipo de colectivos. Se trató, por lo tanto, según el gobierno, de una decisión política dentro del margen de apreciación que el gobierno ostentaba en esta parcela.

141

Ante estas alegaciones, el TEDH dice que ninguna diferencia de trato tiene justificación si el objetivo perseguido no es legítimo. Prosigue diciendo que efectivamente, el Estado goza de un margen de apreciación para valorar si las diferencias en situaciones parecidas, justifican un tratamiento diferente. En este sentido, acepta que, el incentivo por parte del gobierno británico a estudiantes y trabajadores es legítimo y casa con los ideales del art. 14 CEDH, sin embargo, no entiende el distinto trato para inmigrantes que se casaron antes de abandonar su país de residencia y aquellos que lo hicieron a posteriori:

“El Tribunal acepta que, al permitir la reunión con sus cónyuges a los refugiados casados antes del vuelo, el Reino Unido está cumpliendo con sus obligaciones internacionales. Sin embargo, cuando una medida resulta en una diferencia de trato hacia las personas en situaciones análogas, el hecho de que el Estado cumpla con la obligación internacional no justifica la diferencia de trato”.

Es por ello, que finalmente el TEDH entiende que hubo violación del art. 14 CEDH.

3.6 El art. 4 del Protocolo nº 4 y el art. 1 del Protocolo nº 7 adicionales al Convenio

Finalmente, habremos de hablar ahora de los arts. 4 del Protocolo nº 4 Adicional al Convenio sobre expulsiones masivas de extranjeros (Chueca Sancho, 1998: 33 y

siguientes); y el art. 1 del Protocolo n° 7 Adicional al Convenio. El art. 4 del Protocolo n° 4 dice:

“Quedan prohibidas las expulsiones colectivas de extranjeros”.

Así pues, como dice Morte Gómez (2015):

“El Protocolo n° 4 prohíbe las expulsiones colectivas, es decir, aquellas en las que no se individualizan las características, ni la situación particular, ni el riesgo alegado por cada una de las personas que conforman el grupo”.

Este artículo se ha de poner en relación con el art. 1 del Protocolo n° 7, que regula en qué casos y de qué manera se podrá expulsar a un extranjero:

“1. Un extranjero que resida legalmente en el territorio de un Estado no podrá ser expulsado sino en ejecución de una decisión dictada conforme a la ley, y deberá permitírsele:

- a) exponer las razones que se opongan a su expulsión;
- b) que su caso sea examinado; y
- c) hacerse representar a tales fines ante la autoridad competente o ante la persona o personas designadas por esa autoridad.

2. Un extranjero podrá ser expulsado antes de ejercer los derechos enumerados en el párrafo 1 a), b) y c) de este artículo cuando su expulsión sea necesaria en interés del orden público o se base en motivos de seguridad nacional”.

Hemos de poner atención en la condición de legalidad expresada en el art. 1 del Protocolo n° 7: “Un extranjero que resida legalmente...” En este sentido, como señala López Garrido (1991: 153), cabe recordar que, durante la fase de elaboración de los Protocolos, se intentó extender las garantías hoy previstas para los extranjeros residentes legalmente, a todos los extranjeros, independientemente de si su residencia era legal o no. No obstante, estos intentos no llegaron a buen puerto y las garantías solo alcanzan a aquellos extranjeros cuya situación en el país de residencia se produce conforme a la normativa interna del país. En lo que a nosotros nos interesa, podríamos decir que su estudio resultaría interesante en el hipotético supuesto de que efectivamente, las garantías mencionadas se hubieran extendido a todos los extranjeros. Estamos pensando en las situaciones consistentes en que las autoridades de un país deniegan la solicitud de asilo de una persona. En estos casos, sí sería oportuno quizás extendernos más en las eventuales garantías para los solicitantes de asilo que ven rechazada su solicitud. Sin embargo, como ya hemos mencionado, las garantías se circunscriben únicamente a extranjeros residentes legalmente, por lo que a nuestros efectos, no está de más conocer lo dispuesto en estos Protocolos, pero se ha de hacer hincapié, sin ninguna duda, que el núcleo esencial y aplicable a nuestra materia, es lo ya estudiado en los arts. 3, 5.4, 8, 13 y 14 del CEDH.



4. LOS REFUGIADOS “SUR PLACE”

Se hace necesario aclarar aquí qué se ha de entender por personas refugiadas “sur place”. Pues bien, una persona refugiada “sur place” es una persona que en el momento en que abandonó su país, no tenía fundados temores de persecución, pero una vez en el extranjero, las circunstancias de su país han evolucionado hasta el punto de pasar a reunir las condiciones necesarias para poder incluirse en la definición de refugiado que da la Convención de 1951²³ (Gortázar Rotaache, 1997: 129; Navarro Gandullo, Alconada de los Santos y Rubio Razo, 2015:16).

5. LA ALTERNATIVA DE HUIDA INTERNA O REUBICACIÓN

Hay que saber que el concepto de alternativa de huida interna o reubicación no se menciona de manera explícita en los criterios fijados en el art. 1A (2) de la Convención de 1951. Por otra parte, la Convención de 1951 no establece en ninguna parte de su articulado que el fundado temor a ser perseguido deba darse en todo el territorio del Estado en cuestión. En este sentido, el párrafo 91 del Manual sobre procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado, establece lo siguiente:

143

“Los temores de ser perseguido no siempre han de referirse a la totalidad del territorio del país de la nacionalidad del refugiado. Así, en los conflictos étnicos o en caso de graves disturbios que entrañen una situación de guerra civil, la persecución de un grupo étnico o nacional determinado puede darse sólo en una parte del país. En tales situaciones, una persona no quedará excluida de la condición de refugiado simplemente porque podía haber buscado refugio en otra parte del mismo país si, a la luz de todas las circunstancias del caso, no hubiera sido razonable contar con que así lo hiciera”.

Siguiendo con la posición mantenida en el mencionado párrafo 91, las Directrices del ACNUR para la huida interna o reubicación, aprecian que este concepto no debería “invocarse de manera que socave importantes principios de los derechos humanos”²⁴. Es decir, a priori, no debe utilizarse como excusa para inadmitir o denegar una solicitud de asilo. Sin embargo, leyendo el párrafo 91 del Manual *a sensu contrario*, se puede deducir que sí podrá quedar impedida la condición de refugiado cuando el solicitante de asilo hubiere podido buscar refugio en otra parte del país, siempre que hubiera sido razonable dicha búsqueda (Hathaway y Foster en Feller, Türk y Nicholson, 2010: 393).

A la hora de estudiar si para un determinado caso de asilo existe la posibilidad de huida interna o reubicación, se han de llevar a cabo dos tipos de análisis: el análisis de

pertinencia/oportunidad y el análisis de razonabilidad. Para el primer análisis de pertinencia/oportunidad, sostiene el ACNUR que habrán de responderse las siguientes preguntas:

- “¿Es la zona de reubicación accesible, práctica, segura y legalmente idónea para el individuo?
- ¿Es el Estado el agente de persecución?
- ¿Es el agente de persecución un agente no estatal?
- ¿Se vería el solicitante en peligro de ser perseguido o de otro daño serio si se reubica?”²⁵ (Directrices del ACNUR sobre huida interna o reubicación, 2003: 4)

Respecto a la primera cuestión, se ha de establecer que para que se considere válidamente la posibilidad de huida interna o reubicación, se han de dar todas y cada una de las condiciones. Además, el solicitante no debería correr peligro físico para acceder a la zona en concreto. Igualmente, la zona propuesta para la reubicación debe ser legalmente accesible para el solicitante, es decir, debe ostentar un derecho para viajar al lugar y quedarse allí.

144

Respecto a la segunda cuestión, es entendible que, si la respuesta es afirmativa, tampoco cabría considerar la huida interna o reubicación, dado que las distintas autoridades del Estado actúan en todo el territorio de este. Cabría la excepción, cuando el agente perseguidor sea de carácter estatal, de aceptar la reubicación o huida interna cuando “el riesgo de persecución surge de una autoridad”²⁶ (Directrices del ACNUR sobre huida interna o reubicación, 2003: 6) que ejerce su poder solamente en un área geográfica determinada del país, o cuando siendo esa fuerza la del Estado en su conjunto, éste solo controle ciertas regiones del país.

Respecto a la tercera cuestión, si el agente de persecución no es el Estado, habrá que analizar si el agente no estatal perseguidor puede buscar al solicitante en la zona de reubicación, y si en dicha zona las fuerzas del Estado pueden proteger al solicitante del perseguidor. Esta protección en la zona propuesta para la reubicación debe ser, según el ACNUR, “efectiva y duradera”²⁷ (Directrices del ACNUR sobre huida interna o reubicación, 2003: 7).

Finalmente, para el primer tipo de análisis, la última pregunta a valorar sería la de si en caso de ser reubicado, el solicitante se vería expuesto a la persecución o a sufrir otro daño severo. En este sentido, debe haber razones suficientes para creer que el agente perseguidor no podrá alcanzar la zona propuesta para la reubicación. Además de este punto, es preciso asegurar que el solicitante no estará expuesto a daños severos en la zona de reubicación. Es decir, que independientemente de la persecución que lo ha llevado a



la zona en cuestión, no pueden existir otros elementos fácticos que supongan o puedan suponer un daño al solicitante. Como ejemplo de ello, podemos referirnos a amenazas contra su vida o contra su libertad.

Para el segundo tipo de análisis, el de razonabilidad, habrá de responderse una única pregunta:

- “¿Puede el solicitante, en el contexto del país en cuestión, llevar una vida relativamente normal sin enfrentar dificultades excesivas?”²⁸ (Directrices del ACNUR sobre huida interna o reubicación, 2003: 5, 8 y 9)

Para contestar satisfactoriamente a esta pregunta, se han de tener en cuenta cinco puntos, de acuerdo con las directrices del ACNUR: circunstancias de la persona que solicita, si ha sido ya perseguida, “la situación de seguridad”²⁹, el cumplimiento de los derechos fundamentales y sus opciones de salir adelante económicamente:

- a) **Circunstancias personales:** Según las citadas directrices del ACNUR, se han de analizar aspectos como “la edad, el sexo, la salud, la presencia de discapacidades, la situación familiar, las eventuales vulnerabilidades sociales, los aspectos étnicos, culturales y religiosos, los vínculos políticos y sociales, los antecedentes educativos, profesionales y laborales, y cualquier eventual persecución pasada”, así como los efectos psicológicos que la misma hubiere podido producir en el solicitante de asilo.
- b) **Existencia de persecución en el pasado:** En aquellos casos en los que el solicitante de asilo ha sido ya perseguido en el pasado, no es infrecuente que esta persona acarree algún tipo de trauma psicológico por este hecho. En este sentido, para estas situaciones, el hecho de la existencia de un trauma de este tipo va a ser relevante a la hora de determinar si la reubicación es adecuada o no lo es. En este punto, el ACNUR sostiene que “las valoraciones psicológicas que sugieran la probabilidad de un trauma psicológico mayor debido al retorno irían en contra de la reubicación a la zona como alternativa razonable”³⁰ (Directrices del ACNUR sobre huida interna o reubicación, 2003: 9).
- e) **La situación de seguridad:** Cabe decir en este punto, que el solicitante, en caso de ser reubicado, debe poder tener la certeza de que no corre peligro o riesgo alguno. El lugar debe ser, por lo tanto, seguro. No obstante, cuando hablamos de “seguridad” se debe entender como una seguridad duradera, no “ilusoria o impredecible” (Directrices del ACNUR sobre huida interna o reubicación, 2003: 9).

- d) **El respeto por los Derechos Humanos:** La fundamentación de este punto es muy sencilla. No se debe reubicar a ningún solicitante de asilo en un lugar donde no se respeten los Derechos Humanos.
- e) **La supervivencia económica:** Antes de reubicar internamente a un solicitante de asilo, se ha de comprobar que esta persona podrá “ganarse la vida” en el lugar de acogida. También se ha de verificar si el solicitante en cuestión podrá tener un lugar donde vivir o podrá tener asistencia médica.

Llegados a este extremo, sería pertinente hacer una breve mención también sobre los desplazados internos. El ACNUR parte de la siguiente premisa (Directrices sobre la alternativa de huida interna o reubicación, 2003: 11):

“La presencia de desplazados internos que reciben asistencia internacional en una parte del país no es en sí misma prueba contundente de que es razonable que el solicitante se reubique allí”³¹. En este sentido, ocurre que muchos desplazados internos no disfrutan de un nivel de vida digno, o no ven protegidos sus derechos fundamentales. De esta manera, es necesario traer a colación aquí lo dispuesto por el documento del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas de 4 de febrero de 1997: “Intensificación de la promoción y el fomento de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, en particular la cuestión del programa y los métodos de trabajo de la Comisión. Derechos Humanos, éxodos en masa y personas desplazadas”.

146

Este documento contiene un Anexo en el que se establecen los principios rectores de los desplazamientos internos³². Concretamente, el apartado 1 del principio nº 1, y el apartado 2 del principio nº 2:

“Los desplazados internos disfrutarán en condiciones de igualdad de los mismos derechos y libertades que el derecho internacional y el derecho interno reconocen a los demás habitantes del país. No serán objeto de discriminación alguna en el disfrute de sus derechos y libertades por el mero hecho de ser desplazados internos”.

Por su parte, el apartado 2 del principio nº 2:

“Estos Principios no podrán ser interpretados de forma que limite, modifique o menoscabe las disposiciones de cualquier instrumento internacional de derechos humanos o de derecho humanitario o los derechos concedidos a la persona por el derecho interno. En particular, estos Principios no afectarán al derecho de solicitar y obtener asilo en otros países”.

A la vista de esto, es pertinente decir que cuando un desplazado interno no tenga un nivel de vida digno en el lugar que viene residiendo, debería poder solicitar asilo en otro Estado.



En relación con el concepto de huida interna o reubicación, hemos de analizar la aplicabilidad de este en situaciones extraordinarias como son las de conflicto armado y violencia. Las Directrices del ACNUR sobre Protección Internacional nº 12 nos proporcionan la orientación necesaria para saber en qué casos se podría aplicar la reubicación dentro del país. En primer lugar, recuerda que las situaciones de conflicto armado se caracterizan por “combates generalizados, frecuentemente fluidos, con cambiantes fronteras o incrementos en la violencia [...] operando en diversas áreas geográficas”. Dada la naturaleza de los conflictos armados, entiende el ACNUR que, en la mayoría de las ocasiones, no es razonable aplicar la huida interna o reubicación. En este sentido, únicamente será valorable la posibilidad de aplicar la reubicación cuando “la situación del conflicto y su impacto estén geográficamente limitados y confinados a un sector específico del país” (Directrices ACNUR n.º 12, 2016: 10). La protección otorgada en esa zona del país libre de riesgos debe provenir de una “autoridad organizada y estable que ejerza un control total sobre el territorio y la población”.³³

6. LOS LLAMADOS REFUGIADOS *DE FACTO*

147

Por refugiado *de facto* se ha de entender aquella persona o grupo de personas que siguiendo el tenor literal de la Convención de 1951, no encajarían en su definición de refugiado, pero que sin embargo, se han visto en la obligación de abandonar su país de origen debido a una “violencia generalizada o a violaciones masivas de los derechos humanos” (Gortázar Rotaeché, 1997: 148 a 175). También encajaría en este concepto de refugiados *de facto*, aquellas personas que sí caen dentro del ámbito de la Convención de 1951 pero que aún no han sido reconocidas como refugiadas.

Es en este punto, donde se ve claramente la insuficiencia regulatoria de la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967, al percatarnos de la existencia de personas que se ven obligadas a movilizarse, pero que, sin embargo, al no cumplir todos los requisitos de la Convención, no podrían acogerse al estatus de refugiado. Es aquí donde la regulación comunitaria ha tenido y está llamada a tener un protagonismo crucial en Unión Europea, a la vista de la incapacidad del Derecho Internacional. Esta situación, nos podría llevar a plantear, sin ninguna duda que, en la medida en que esas personas no encajan en la definición de la Convención de 1951, no podrían disfrutar del principio de no devolución, lo que supondría poner en peligro sus vidas y libertades, al no tener los Estados la obligación de mantener a estas personas en sus territorios.

Sobre la obligatoriedad del principio *non-refoulement* en torno a los refugiados *de facto*, la doctrina queda dividida. Del tenor literal de la Convención de 1951, no cabe duda de que estas personas no podrían disfrutar del principio de no devolución en la medida en

que no son reconocidos como refugiados. Sin embargo, existen opiniones, como las de Grahl-Madsen y Goodwin-Gill recogidas por Gortázar Rotaache (1997: 157 y 158) en las que se defiende que, o bien por tratarse de “un principio de la humanidad”, o bien por considerar que el Derecho Internacional consuetudinario ha extendido la aplicación de dicho principio a casos más allá de los previstos en la Convención de 1951, las personas refugiadas *de facto* disfrutarían también de él. En cualquier caso, independientemente de algunas opiniones doctrinales más o menos fundadas, se hace palmario que la inoperancia en este punto del Derecho Internacional puede resultar perjudicial para los denominados refugiados *de facto*.

No obstante, en el contexto de la Unión Europea se ha acuñado otro tipo de protección internacional distinta al asilo para este tipo de situaciones: la protección subsidiaria.

7. EL FRACASO DEL DERECHO INTERNACIONAL A LA HORA DE SUPERAR EL ESTATUS DE REFUGIADO DE LA CONVENCIÓN DE GINEBRA DE 1951: LA FALLIDA CONFERENCIA DE GINEBRA DE 1977

148

Siguiendo a Gortázar Rotaache (1997: 179 y siguientes) y a Martín Arribas (2000: 105, 106 y 107), hemos ahora de poner de relieve el intento que se perpetró desde la óptica del Derecho Internacional para dar a luz un texto convencional en el que se previera el derecho de asilo territorial desde un punto de vista más garantista para las personas refugiadas, que el establecido en la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967. Esta Conferencia de 1977 lo que pretendía, en resumen, es lograr la elaboración y aprobación de un texto convencional que obligara a los Estados Parte a ofrecer un verdadero asilo de carácter permanente a las personas refugiadas (a diferencia del carácter temporal, derivado del principio *non refoulement* de la Convención de 1951).

Como ya hemos mencionado, la Convención de 1951 no implica una obligación para los Estados parte de conceder asilo. En palabras de Gortázar Rotaache (1997: 180):

“...debo insistir sobre este punto, una cosa es cumplir con la obligación de *non refoulement*, y otra, bien distinta, otorgar asilo, significando esto último la acogida del refugiado de modo permanente, posibilitando su asentamiento y su integración en el país de acogida”.

Pues bien, entre el 11 de enero y el 4 de febrero de 1977 se celebró en Ginebra la Conferencia, con el pobre resultado de obtener, a favor de la concepción de un derecho internacional al asilo (no únicamente un derecho a la no devolución), 4 votos a favor, de un total de 92 Estados representados³⁴. Visto esto, hemos de concluir diciendo que la mencionada Conferencia claudicó sin conseguir la meta que se propuso, vista la poca disposición de los Estados en aras de ofrecer un marco legal más garantista para el



ejercicio del derecho de asilo a nivel internacional. Al referirse a este problema, Martín Arribas (2000: 105, 106 y 107) mencionaba en el año 2000 el comienzo de la superación del “*impasse*” normativo en esta materia desde algunos ámbitos regionales, especialmente el europeo. En este sentido podríamos decir aquí que sí se ha producido (a nivel regional europeo) una suerte de *sorpasso* de la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967, gracias al desarrollo del Derecho de la Unión Europea en esta materia.

8. EN BUSCA DE UN NUEVO INSTRUMENTO INTERNACIONAL TRAS MÁS DE SIETE DÉCADAS

La Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 han sido una herramienta fundamental y útil para proteger a las personas refugiadas a lo largo y ancho del mundo. No obstante, tras más de siete décadas, y ante la experiencia vivida con las diferentes crisis migratorias que han ido aconteciendo, podemos afirmar que estos instrumentos internacionales necesitan una revisión a fin de hacer frente de manera más eficaz a las nuevas tendencias en los fenómenos migratorios y/o de refugiados.

Lo anterior queda sustentado por la respuesta, a nuestro juicio, deficiente, que se le ha dado a este fenómeno en épocas recientes por parte de los diferentes Estados. Así, por ejemplo, en el marco de la crisis de Ucrania, la figura jurídica de referencia que ha servido para dar protección a las personas que huían de Ucrania, no ha sido el asilo, sino la protección temporal, una autorización cuya creación se ubica en el Derecho de la Unión Europea, no en el Derecho Internacional. Este ejemplo, pone de manifiesto la escasez de la redacción de la norma internacional, cuyo consenso alcanzado a nivel global no debe impedir la búsqueda un texto mejorado.

149

Otro ejemplo reciente es el constituido por la crisis de refugiados en Europa de los años 2015-2016. El instrumento dado por la Convención de Ginebra de 1951 fue insuficiente en tanto en cuanto se permitió la posible conculcación del principio de no devolución, al establecerse la posibilidad de considerar a un tercer país como “tercer país seguro”. Esto ocurrió en el caso del Acuerdo UE – Turquía, en virtud del cual se reguló la devolución de ciudadanos sirios a territorio turco (López Garrido, 2016).

En este sentido, con vistas a una propuesta de reforma, hemos de tomar como referencia lo dispuesto por Muñoz Aunión (2014: 15 y siguientes), cuando delimita cuáles son las principales deficiencias del Convenio:

- a) Al no existir una instancia jurisdiccional a nivel internacional que delimite la interpretación correcta de la definición de refugiado, aquella queda a la intemperie de interpretaciones divergentes dadas por las autoridades nacionales de los Estados.

- b) Ni la Convención ni el Protocolo de 1967 establecen nada sobre cómo ha de ser el procedimiento administrativo ante autoridades nacionales para la incoación, instrucción y finalización de una solicitud de asilo. De esta manera, las divergencias procedimentales pueden ser enormes, impactando en los intereses de las personas merecedoras de asilo.
- c) La ausencia de concreción en lo que se refiere a las condiciones materiales de acogida por parte de los Estados, en tanto en cuanto la persona mantiene el estatus de solicitante de asilo, en espera de una resolución definitiva sobre su situación.

En esta línea, señala el referido autor:

“...la definición de refugiado se ha quedado anticuada, no contiene derecho alguno de asistencia a los refugiados hasta que alcanzan el territorio del Estado parte; no otorga un derecho a los ciudadanos a no ser perseguidos o expulsados de sus países, así como tampoco a los criterios de reparto de la carga entre Estados. La práctica ha demostrado que la vía del asilo fue utilizada por empresarios de la inmigración irregular” (Muñoz Aunión, 2014:17).

150

Precisamente, Muñoz Aunión pone de manifiesto de manera clara la necesidad de actualizar y adecuar la Convención de 1951 a los tiempos presentes: parece evidente que el instrumento internacional debe ser reformado con vistas a satisfacer las necesidades presentes y futuras. No obstante, el miedo a socavar las pocas garantías existentes en el texto yace entre los defensores de los derechos humanos. Nos estamos refiriendo al principio de non-refoulement:

“...es necesario diseñar un nuevo régimen internacional de refugiados pero evitar que al destapar la caja de pandora se pierda el carácter de ius cogens del principio de no devolución” (Muñoz Aunión, 2014:20).

Así, propone el autor, entre otras cosas, cambiar el enfoque de persecución individualista de la Convención de 1951 para llevarlo a un terreno colectivista (enfoque que hace, por ejemplo, la figura de la protección temporal en la Unión Europea – Directiva 2001/55). También hace referencia al ensanchamiento del ámbito de aplicación de la protección internacional, que no quedaría únicamente relegado el asilo, sino recogiendo otras formas de protección (protección subsidiaria y protección temporal) que ya han sido perfectamente instauradas por organizaciones supranacionales como la Unión Europea, así como al gran problema de la ausencia de vías legales y seguras para acceder a los territorios de acogida.

Desde este punto de vista, que compartimos, y a la vista lo mencionado anteriormente, debería iniciarse un proceso de reforma de la Convención con el enfoque puesto en algunos cambios, en sintonía con los esgrimidos por Muñoz Aunión, para una correcta actualización en función de la situación migratoria actual.



8.1 Ampliación y actualización de la definición de refugiado

Podemos estar de acuerdo, sin lugar a duda, en que la definición de refugiado dada en 1951 podía resultar una respuesta potencialmente eficaz para la situación histórica y geopolítica de aquella época. Sin embargo, parece evidente que en estos momentos no resulta ya acorde para hacer frente a los problemas migratorios y de refugiados del S. XXI. Si bien es cierto que las distintas directrices publicadas por el ACNUR han servido para contextualizar la definición y amoldarla a las distintas situaciones (protección a niños y niñas, persecución por motivos de género, persecución por motivos de orientación sexual, situaciones de conflicto armado y violencia), no es menos cierto que convendría una revisión del texto.

De esta manera, resulta inaplazable la inclusión en la definición de refugiado de los llamados “refugiados climáticos” (Trejo Poison, 2017), habida cuenta de la ausencia de normativa que ataje esta demanda. Como señala la propia autora mencionada (Trejo Poison, 2017: 9):

“El Derecho Internacional, no ofrece respuestas a la hora de responder a las consecuencias sufridas por los desplazados a causa del cambio climático. Nos encontramos ante una laguna legal que sitúa a los refugiados climáticos en el limbo jurídico”.

151

Trejo Poison encuadra el problema de los refugiados climáticos a la luz de estas cifras:

“En los últimos años, los desastres medioambientales, han producido más refugiados que los conflictos armados. El último informe del Consejo Noruego para los Refugiados indicaba que, en 2014, más de 19 millones de personas tuvieron que abandonar sus hogares por desastres como inundaciones, tormentas o terremotos. Entre 2008 y 2014, los desastres naturales forzaron a 180 millones de personas a dejar sus casas, una media de 26 millones de personas al año, el equivalente a una persona por segundo. La cifra de personas desplazadas por cambio climático, podría alcanzar 250 millones en el año 2050” (Trejo Poison, 2017: 2).

[...]

“No hay conexión en los textos legales y consecuentemente en la práctica jurídica entre Derechos Humanos y Cambio Climático” (Trejo Poison, 2017: 11).

Así las cosas, la única vía aceptable para afrontar el reto ha de pasar, necesariamente, por la elaboración de una nueva Convención que sustituya a la Convención de 1951 y al Protocolo de 1967 y que, lógicamente, adopte una nueva definición de refugiado. En este sentido, la definición dada por Trejo Poison resulta un buen punto de partida:

“la persona o grupo de personas que, a causa de los repentinos o progresivos cambios en el medio ambiente, que afectan de forma negativa a sus condiciones de vida, se ven obligados a abandonar sus hogares o escogen hacerlo, de forma temporal o permanente, y se desplazan interna o internacionalmente” (2017:12).

Sin lugar a duda, a nuestro juicio resulta una definición de “refugiado climático” acertada. No obstante, pensando en una definición que abarque a todos los tipos de potenciales

refugiados, debería plantearse la modificación de la actual definición, con vistas a ampliarla:

“Toda persona que debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas; o que debido a fundados temores de padecer un perjuicio físico o psíquico lo suficientemente grave como consecuencia de algún evento climático adverso, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él. Igualmente, se concederá otro tipo de protección internacional distinta del refugio a aquellas personas que, sin caer en la definición anterior, o cayendo parcialmente, puedan verse expuestas a un riesgo grave de sufrir algún daño físico o psíquico si regresaren a su país de origen” (equivaldría al concepto de protección subsidiaria que da el Derecho de la Unión Europea).

152

Además de buscar la inclusión de los llamados “refugiados climáticos”, la nueva definición también debería contemplar la protección para otro tipo de colectivos que, como hemos visto antes, sin caer en la definición pura de “refugiado”, puedan necesitar protección internacional (como es el caso de la protección subsidiaria, en el marco de la Unión Europea).

8.2 Instauración de vías de acceso legales y seguras a los Estados receptores

Esta reforma de la Convención de 1951 de la que venimos hablando debe venir acompañada por el establecimiento de vías legales y seguras que permitan a los potenciales refugiados ejercer su derecho de poder solicitar la protección internacional en el territorio de destino sin necesidad de tener que emprender un viaje irregular, por cauces no contemplados en la norma.

Podemos afirmar que el sistema internacional del asilo padece una carencia grave al no ofrecer las alternativas jurídicas apropiadas para poder desplazarse de forma legal, lo cual constituye una incongruencia de base. Es decir, se permite la solicitud de asilo, pero no se establece a nivel normativo, por ejemplo, la posibilidad de pedir en las Embajadas y Consulados un visado humanitario.

Es aquí donde se ve también el agravio comparativo entre los llamados migrantes y los refugiados: mientras que los primeros tienen a su disposición alternativas para llegar a territorio europeo de forma legal (visados), los potenciales refugiados no disponen de tales medios, debiendo buscar fórmulas para emprender un viaje irregular.

De esta manera, la nueva Convención habría de prever un mecanismo migratorio (vías legales) que incorporase una de estas dos alternativas, o bien ambas, a efectos de que los



Estados parte puedan incorporar a su ordenamiento jurídico nacional la modalidad que estimen más conveniente de acuerdo con su tradición jurídica:

- 1) La creación de un visado específico para que las personas que caigan bajo la nueva definición de refugiado puedan solicitarlo ante el Consulado o Embajada de un Estado parte de la nueva Convención.

Este procedimiento consistiría en que, realizada la solicitud de visado de refugiado, el Consulado haría un examen preliminar *prima facie*, a efectos de dilucidar si, en un primer momento, la persona podría caer bajo la definición de refugiado, sin perjuicio de que finalmente sean las autoridades migratorias en el territorio de destino las que decidan sobre el fondo del asunto, concediendo o denegando el asilo³⁵.

- 2) Inspirados por el art. 38 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, del derecho de asilo y la protección subsidiaria, abogaríamos por una formulación similar. Recordemos en primer lugar qué dice el mencionado precepto de la normativa española:

“Con el fin de atender casos que se presenten fuera del territorio nacional, siempre y cuando el solicitante no sea nacional del país en que se encuentre la Representación diplomática y corra peligro su integridad física, los Embajadores de España podrán promover el traslado del o de los solicitantes de asilo a España para hacer posible la presentación de la solicitud conforme al procedimiento previsto en esta Ley”.

En este sentido, y a diferencia de la primera situación, el Consulado/Embajada del Estado parte expediría, en casos apremiantes, un salvoconducto a la persona interesada a efectos de que pueda trasladarse al Estado parte y formalizar su solicitud de asilo. Debido a las especiales circunstancias de emergencia, aquí no se haría una suerte de valoración preliminar o *prima facie*, como sí ocurría en el caso anterior con el visado.

8.3 Establecimiento de un procedimiento armonizado para solicitar protección internacional

Finalmente, la nueva Convención que regule un nuevo Estatuto de los Refugiados debe prever, si no un procedimiento administrativo perfectamente detallado (habida cuenta de las diferentes realidades jurídicas de los Estados parte), sí unas directrices mínimas para que pueda darse una ligera armonización que ofrezca realmente unas garantías esenciales básicas durante el procedimiento de asilo.

En este sentido, organizaciones supranacionales, como la Unión Europea, han dispuesto normas con vistas a articular este tipo de procedimientos, concretamente, nos estamos refiriendo a la Directiva 2013/32/UE de procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional.

Esta Directiva nos puede servir de ayuda para extraer las garantías procedimentales mínimas a las que nos venimos refiriendo (arts. 6 a 30 de la Directiva), y que habrían de estar contempladas en el nuevo texto de Derecho Internacional:

- a) Remarcar, en el marco del procedimiento, el derecho del solicitante de asilo a permanecer en el Estado que está estudiando su solicitud, esto es, velar por el consagrado principio *non-refoulement* (art. 33 de la actual Convención de 1951).
- b) Las autoridades de los Estados parte deben asegurarse de que el examen de las solicitudes se lleva a cabo con total imparcialidad (art. 10 de la Directiva europea) y que las resoluciones concediendo o denegando el asilo se notifican mediante copia escrita (art. 11 de la Directiva).
- c) Los ordenamientos jurídicos nacionales deberán garantizar, al menos, una entrevista en el contexto de la solicitud del asilo, en la que los solicitantes puedan ser asistidos por intérprete si no conocieren el idioma del Estado parte.
- d) Cada Estado parte deberá articular un procedimiento ordinario y un procedimiento de urgencia, para aquellas situaciones que requieran una respuesta más ágil por tratarse de solicitantes vulnerables, como menores no acompañados (véase también el art. 25 de la Ley 12/2009 del derecho de asilo y la protección subsidiaria).
- e) Establecimiento de una batería de recursos a nivel administrativo y judicial que permitan a los solicitantes de asilo que han visto denegada su solicitud poder ejercer su derecho al recurso y a la defensa, teniendo siempre en consideración el principio de no devolución.

154

9. CONCLUSIONES

La dilatada tradición del asilo a nivel internacional ha sido un éxito universal, que ha permitido, especialmente desde la Convención de 1951, el establecimiento de unas directrices mínimas (principio de no devolución) que permitieran hacer efectiva la huida de personas que pudieran estar en riesgo de sufrir algún daño o atentado en sus países de origen. Este válido instrumento jurídico, que consiguió obtener el respaldo de la comunidad internacional y que sigue estando vigente en la actualidad, debe suponer un precedente para la búsqueda de un nuevo texto normativo internacional que permita responder de forma solvente a los desafíos migratorios del S. XXI.

La necesaria extinción de la dualidad “asilo-refugio” que se ha visto en Estados como el español, rema a favor de una sociedad democrática, sujeta a las reglas del Estado de Derecho y en la que no caben situaciones graciabiles no susceptibles de ser controladas por las distintas autoridades jurisdiccionales. Esta situación, sin lugar a duda, ha sido consecuencia de la entrada en vigor de la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967. Si bien es cierto que las directrices del ACNUR relativas a la definición de refugiado dada por la Convención de 1951 han contribuido al esclarecimiento del alcance de la referida



definición, no es menos cierto que su naturaleza no vinculante no ayuda a la búsqueda de una uniformidad interpretativa.

Tras más de setenta años desde que se elaborara la Convención que regula el Estatuto de los Refugiados, su reforma y actualización suponen una obligación a fin de responder de forma solvente a los retos migratorios y de desplazamiento de personas en busca de asilo. Tras el análisis realizado a la vista de la insuficiente respuesta dada por los Estados parte en la Convención de 1951, podemos concluir que esta actualización debe incluir, necesariamente, cuestiones como la ampliación del concepto/definición de refugiado, el establecimiento de vías legales que permitan un desplazamiento que no suponga un riesgo para la vida del potencial solicitante, y la inclusión de unas garantías procedimentales mínimas que deban seguir los Estados parte.

En un mundo cada vez más complejo donde los problemas o conflictos (bélicos, climáticos, políticos, etc.), son cada vez más recurrentes y están lejos de apaciguarse, la consecución de un nuevo instrumento internacional consensuado que vele por los derechos de las personas perseguidas y/o en riesgo de sufrir algún daño grave en sus países de origen, debe ser un objetivo claro de la comunidad internacional. Una comunidad internacional que no puede permitirse el lujo de darle la espalda y dejar desamparados a estos colectivos, si quiere seguir girando en la dirección de establecer un sistema internacional de derechos humanos verdaderamente eficaz y que responda a los desafíos de este siglo.

155

BIBLIOGRAFÍA

- ALBA ALONSO, J. (2004). “Migraciones internacionales y globalización económica: apuntes sobre la movilidad del factor trabajo y sus implicaciones” en *Extranjería e inmigración: aspectos jurídicos y socioeconómicos*, Ed. Tirant monografías, 296, Valencia.
- BYRNE, R. (ed.) (2009). *Compilación de Derecho de los refugiados (casos, documentos y materiales)*, Comité húngaro de Helsinki, 2ª edición en español, Budapest.
- CARRILLO SALCEDO, J. A. (2003). *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Ed. Tecnos, Madrid.
- CHUECA SANCHO, A. G. (1998). La expulsión de extranjeros en la Convención Europea de Derechos Humanos, Egido Editorial, Zaragoza, p. 33 y siguientes.
- DE CASTRO SÁNCHEZ, C. (2009). “Declaración Universal de Derechos Humanos y principio de no discriminación: el camino recorrido” en *Los derechos humanos en la sociedad internacional del siglo XXI*, Vol I., Colección Escuela diplomática, nº 15.

DÍEZ DE VELASCO, M. (2007). *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Ed. Tecnos, Madrid.

DUCLOUX, A. (1994). *Ad ecclesiam confugere. Naissance du droit d'asile dans les églises*, Ed. De Boccard, Paris.

ESPINAR VICENTE, J. M. (2008). *Tratado Elemental de Derecho Internacional Privado*, Ed. Fareso, Madrid.

ESTRADA TANCK, D. (2017). “Protección de las personas migrantes indocumentadas en España con arreglo al Derecho Internacional y Europeo de los DDHH”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre 2017), vol. 9, nº 2 p. 257 y 258: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/3873/2429> [Consulta: 15-01-2024].

FELLER, E.; TÜRK, V.: y NICHOLSON, F. (2010). *Protección de los refugiados en el Derecho Internacional. Consultas globales de ACNUR sobre protección internacional*, ed. Icaria, pág. 3: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2012/7392.pdf> [Consulta: 15-01-2024].

156

FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J. M. (2012) (coord.). *Diccionario jurídico*, 6ª edición, Edit. Thomson Reuters Aranzadi, p. 190.

FREIXES SANJUÁN, T. y REMOTTI CARBONELL, J. C. (1997). “Los derechos de los extranjeros en el ámbito del Consejo de Europa: Especial referencia a la jurisprudencia del Tribunal de Derechos Humanos” en *Revista del Instituto Universitario de Estudios sobre Migraciones*, núm. 2, p. 161 a 191.

GARCÍA ROCA, F. J., y SANTOLAYA MACHETTI, P. (2005). *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de los Derechos Humanos*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T. R. (2011). *Curso de Derecho Administrativo I*, Ed. Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor.

GORTÁZAR ROTAECHE, C.J. (1997). *Derecho de asilo y “no rechazo” del refugiado*, Ed. Dykinson, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid.

GRAHL-MADSEN, A. (1966). *The Status of Refugees in International Law*, vol. II, Ed. Sijthoff, Netherlands.



- HATHAWAY, J.C. y FOSTER, M. “La alternativa de huida, reubicación o protección interna” en FELLER E., TÜRK V., y NICHOLSON F. (2010). *Protección de los refugiados en el Derecho Internacional. Consultas globales de ACNUR sobre protección internacional*, ed. Icaria, pág. 393: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2012/7392.pdf> [Consulta: 15-01-2024].
- JIMÉNEZ CARRERO, J. A. (2019). *La política común de asilo en el contexto de la Unión Europea: carencias y regulación para una mayor eficacia en el trato de las personas refugiadas*, Tesis Doctoral, Universidad de Alcalá: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=266037> [Consulta: 15-01-2024].
- LATINI, C. (2002). *Il privilegio dell'immunità. Diritto d'asilo e giurisdizione nell'ordine giuridico dell'Età Moderna*, Università di Macerata, Pubblicazioni della facoltà di giurisprudenza, Milán.
- LARREÁTEGUI BENAVIDES, P. A. (2011). *Refugio, nacionalidad y las trabas ocultas en el sistema humanitario*, Tesis de Máster en Relaciones Internacionales, Universidad FLACSO, Ecuador.
- LINDE PANIAGUA, E. (dir.), y MORENO DÍAZ, J. A. (dir.) (2005). *Inmigración, extranjería y asilo*, Edit. Colex, Madrid.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., y GARCÍA-COMENDADOR ALONSO, L. (2008). *Doctrina del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, p. 13 y siguientes.
- LÓPEZ GARRIDO, D. (1991). *El derecho de asilo*, Ed. Trotta, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid.
- LÓPEZ GARRIDO, D. (2016). “Acuerdo UE-Turquía: refugiados sin ley” en Ctxt, 20 de abril de 2016: <https://ctxt.es/es/20160420/Politica/5505/acuerdo-UE-Turquia-refugiados-inmigracion-grecia-siria-vulneracion-derechos-derecho-asilo.htm> [Consulta: 14-02-2024].
- MARTÍN ARRIBAS, J. J. (2000). *Los Estados europeos frente al desafío de los refugiados y el derecho de asilo*. Edit. Dykinson, Universidad de Burgos, Madrid.
- MARTÍNEZ LADRON, J. (1992). *Trastornos psiquiátricos en refugiados políticos*, Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid.

MOLINA DEL POZO, C.F. (2011). *Tratado de Lisboa*, Edit. Universitaria Ramón Areces, Madrid.

MONEREO PÉREZ, J. L. (2017). “Refugiados y derechos humanos: el estatuto de los refugiados y el asilo como derecho humano” en *Nueva revista española de derecho del trabajo*, nº. 194.

MONTES FERNÁNDEZ, F. J. (2014). “El Consejo de Europa” en *Anuario jurídico y económico escurialense*, nº 47.

MORTE GÓMEZ, C. (2015). “Apuntes sobre jurisprudencia del TEDH en materia de expulsiones colectivas el art. 4 del Protocolo 4 al Convenio”, 25 de septiembre de 2015, en CGAE: http://www.abogacia.es/2015/09/25/apuntes-sobre-jurisprudencia-del-tedh-en-materia-de-expulsiones-colectivas-el-articulo-4-del-protocolo-4-al-convenio/?_ga=1.117338438.1312151720.1469047450 [Consulta: 13-02-2024].

MUÑOZ AUNIÓN, A. (2014). “La regulación internacional del asilo territorial y la necesidad de reformas para garantizar la seguridad humana” en *Revista de Estudios Fronterizos del Estrecho de Gibraltar*, 1/2014, p. 15 y siguientes: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4830565> [Consulta: 15-01-2022].

NAVARRO GANDULLO, L., ALCONADA DE LOS SANTOS, M., y RUBIO RAZO, M. (2015). “Asilo y protección internacional. La situación de las personas refugiadas” Consejería de Justicia e Interior de la Junta de Andalucía, p. 16: https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/asilo_proteccion_internacional.pdf [Consulta: 15-01-2024].

OLANO GARCÍA, H. A. (2013). “Asilo” en *Diccionario analítico de Derechos Humanos e Integración Jurídica*, Istituto per gli Studi Economici e Giuridici, Roma – Perugia – México.

PINJUV, J. (2015). “How to Sink a Boat: A Legal Analysis of the Right to Seek Asylum”, en RefLaw.org julio de 2015: <http://www.reflaw.org/how-to-sink-a-boat-a-legal-analysis-of-the-right-to-seek-asylum/> [Consulta: 20-02-2019].

PRIETO GODOY, C. A. (2011). *El ejercicio del derecho de asilo en la normativa comunitaria y nacional*. Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid.

RUBIO CORREA, P. (1999). “El concepto de refugiado en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951: tratamiento normativo y realidad” en *Revista Agenda Internacional*, vol. 6, nº 12.



SANTOLAYA MACHETTI, P. (2001). *El derecho de asilo en la Constitución Española*, Ed. Lex Nova, colección Derecho Público, Valladolid.

TORROJA MATEU, H. (2007). *El derecho del Estado a ejercer la protección diplomática*, Ed. J.M. BOSCH EDITOR.

TREJO POISON, M. (2017). “Refugiados climáticos: un vacío legal” en *Revista Tribuna Internacional* Volumen 6 • N° 11 • 2017 ISSN 0719-482X, DOI: <https://doi.org/10.5354/rti.v6i11.46345>: <https://tribunainternacional.uchile.cl/index.php/RTI/article/view/46345> [Consulta: 15-01-2024].

VARGAS CARREÑO, E. (2007). *Derecho Internacional Público, de acuerdo a las normas y prácticas que rigen en el siglo XXI (2007)*, Ed. Jurídica.

VÁZQUEZ, A. N. (2017). “El asilo diplomático: de Haya de la Torre a los asilados del caso ‘Wikileaks’” en *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, n° 28, pp. 213 – 228, DOI: <http://dx.doi.org/10.15359/rldh.28-2.10>: <https://www.revistas.una.ac.cr/index.php/derechoshumanos/article/view/10296/13041> [Consulta: 15-01-2024].

159

VEDSTED-HANSEN, J. (ed.) (2015). *Compilación de Derecho de las personas refugiadas (casos, documentos y materiales)*, Comité húngaro de Helsinki, 3ª edición en español, Budapest.

VENTURA ROBLES, M.E. (1996). “El valor de la Declaración Universal de Derechos Humanos” en *El mundo moderno de los Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica: <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/5/2043/17.pdf> [Consulta: 15-01-2024].

ENLACES CONSULTADOS

ACNUR (5 de marzo de 2018). “Migrantes y refugiados, ¿qué diferencia hay? ACNUR responde”: <https://eacnur.org/es/actualidad/noticias/emergencias/migrantes-y-refugiados-que-diferencia-hay-acnur-responde> [Consulta: 15-01-2024].

ACNUR (s.f.). “Determinación de la condición de refugiado”: <https://www.acnur.org/determinacion-de-la-condicion-de-refugiado.html> [Consulta: 31-08-2023].

ACNUR (1992). *Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7575.pdf>, [Consulta: 15-01-2024].

ACNUR (s.f.). “Preguntas frecuentes de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951”: <https://www.acnur.org/noticias/noticia/2016/12/5b7e71a35/preguntas-frecuentes-de-la-convencion-sobre-el-estatuto-de-los-refugiados-de-1951.html> [Consulta: 31-08-2023].

ACNUR (30 de junio de 2011). *Estados partes de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y el Protocolo de 1967*, <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0506.pdf> [Consulta: 31-08-2023].

ACNUR (7 de mayo de 2002). Directrices sobre la Protección Internacional nº 2: “Pertenencia a un determinado grupo social’ en el contexto del Artículo 1A (2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y/o su Protocolo de 1967: <https://www.refworld.org/es/publisher,UNHCR,,,57f767e11b,0.html> [Consulta: 31-08-2023].

ACNUR (23 de julio de 2003). Directrices sobre protección internacional nº 4: La “alternativa de huida interna o reubicación” en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, <http://www.refworld.org/docid/47fdfafb0.html> [Consulta: 31-08-2023].

ACNUR (28 de abril de 2004). Directrices sobre protección internacional nº 6: Solicitudes de asilo por motivos religiosos bajo el Artículo 1A (2) de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, <https://www.refworld.org/es/publisher,UNHCR,,,57f76dfaa,0.html> [Consulta: 31-08-2023].

ACNUR (2 de diciembre de 2016). Directrices sobre Protección Internacional nº 12: “Solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con situaciones de conflicto armado y violencia bajo el artículo 1A (2) de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y las definiciones regionales de refugiado”: <https://www.acnur.org/media/directrices-sobre-proteccion-internacional-no-12-solicitudes-de-la-condicion-de-refugiado> [Consulta: 31-08-2023].

Consejo de Europa (2005). Resolución parcial sobre la admisibilidad de la solicitud núm. 31260/04 de Vasilina Matsiukhina y Aliaksandr Matsiukhin contra Suecia: <http://www.refworld.org/docid/51e6b4e34.html> [Consulta: 13-02-2024].



Consejo de Europa y Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2014). Manual de Derecho europeo sobre asilo, fronteras e inmigración, Edición de 2014, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo.

Convención de 1951: <https://www.acnur.org/media/convencion-sobre-el-estatuto-de-los-refugiados-de-1951> [Consulta: 31-08- 2023].

Convención de Caracas de 1954 sobre Asilo Diplomático: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/0038.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2002/0038> [Consulta: 31-08- 2023].

Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954, <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0006.pdf> [Consulta: 31-08-2023].

Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, de 21 de diciembre de 1965: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CERD.aspx> [Consulta: 31-08-2023].

161

Corte Internacional de Justicia: “Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991”, pág. 27: https://legal.un.org/iccsummaries/documents/spanish/st_leg_serf1.pdf [Consulta: 31-08-2023].

Declaración sobre el Asilo Territorial. Resolución 2312 de 14 de diciembre de 1967: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0009.pdf> [Consulta: 30-08-2023].

Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las Formas de Intolerancia y Discriminación fundadas en la Religión o las Convicciones, de 25 de noviembre de 1981: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/ReligionOrBelief.aspx> [Consulta: 31-08-2023].

Diccionario CEAR – Euskadi: “Asilo sobrevenido”: <http://diccionario.cear-euskadi.org/asilo-sobrevenido/> [Consulta: 31-08-2023].

Informe sobre desplazados internos del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas de 4 de febrero de 1997: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1547.pdf> [Consulta: 31 -08-2023].

Protocolo de Nueva York de 1967:
https://www.oas.org/dil/esp/1967_Protocolo_sobre_el_Estatuto_de_los_Refugiados.pdf
[Consulta: 31-08-2023].

UNESCO: “Cuatro declaraciones sobre la cuestión racial”:
<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001281/128133so.pdf> [Consulta:31-08-2023].

Universidad de Alcalá (2019): “Pautas para elaborar un plan de investigación en Ciencias Jurídicas (aprobadas por la Comisión Académica del Programa de Doctorado en Derecho en reunión celebrada el 25 de junio de 2019)”.

REFERENCIAS

¹ El presente trabajo ha sido extraído parcialmente y revisado de la primera parte de la tesis doctoral del autor: *La política común de asilo en el contexto de la Unión Europea: carencias y regulación para una mayor eficacia en el trato de las personas refugiadas*, defendida el 19 de diciembre de 2019 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá, (pp. 5 a 24/ pp. 37 a 75/ pp. 88 a 106): <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=266037> [Consulta: 9-01- 2024].

² De acuerdo con el ACNUR, mientras que los migrantes económicos “*son personas que han salido de su país en busca de oportunidades laborales*”, los refugiados “*son personas que huyen de conflictos armados, violencia o persecución y se ven por ello obligadas a cruzar la frontera de su país para buscar seguridad*”. (ACNUR, 2018).

³ Es preciso, desde un principio, aclarar que en palabras del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su famosa sentencia Costa/ENEL (Asunto 6/64) de 15 de julio de 1964 señaló: “*A diferencia de los Tratados internacionales ordinarios, el Tratado de la CEE (Comunidad Económica Europea) creó un ordenamiento jurídico propio integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros [...] que vincula a sus órganos jurisdiccionales. Al instituir una comunidad de duración indefinida, dotada de Instituciones propias, de personalidad, capacidad jurídica, de capacidad de representación internacional y más en particular de poderes reales derivados de una limitación de competencia o de una transferencia de atribuciones de los Estados a la Comunidad, éstos han limitado su soberanía y han creado así un cuerpo normativo aplicable a sus nacionales y a sí mismos*”.

⁴ Vid. Declaración sobre el Asilo Territorial. Resolución 2312 de 14 de diciembre de 1967: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0009.pdf> [Consulta: 15-01- 2024].

⁵ Vid. En este sentido la Convención de Caracas de 1954 sobre Asilo Diplomático: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/0038.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2002/0038> [Consulta: 15-01- 2024].

⁶ Es necesario recordar que, a pesar de que la Declaración sobre Asilo Territorial es el texto más importante en este ámbito, el documento que la contiene es una Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas, lo que implica que dicho texto carece de fuerza vinculante.

⁷ Vid. también en este sentido lo dispuesto en el Pacto Internacional de Derecho Económicos, Sociales y Culturales y lo establecido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.



⁸ Pinjuv señala que algunos autores han interpretado que algunas disposiciones de la DUDH ya forman parte del Derecho Internacional consuetudinario, pero existen dudas sobre si el derecho a buscar asilo es una de ellas:

“Despite its non-binding nature, some scholars argue that the UDHR, or at least portions of it, have come to embody customary law and are therefore legally-binding upon states. Dr. Paul Weiss stated in 1969 that the UDHR was an ‘authoritative expression of the customary international law of today in regard to human rights’. The same notion also enjoys support from other proclamations made by the United Nations. This argument is difficult to sustain, however, especially when the UDHR also includes provisions such as the right to be protected against unemployment, which can hardly be said to constitute a customary norm. More plausibly, others argue that only certain provisions of the UDHR have become customary law. This argument indeed seems to be correct, especially with respect to some of the UDHR’s most fundamental provisions, such as the right to life. It is less clear, however, whether the right to seek asylum enjoys customary status”.

⁹ Otros autores como Estrada Tanck sostienen que la DUDH es *“aceptada hoy en día como costumbre internacional, es decir, como una de las fuentes primarias del Derecho Internacional Público, con base en el art. 38. 1 a) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia”.*

¹⁰ Como señala Espinar Vicente: *“No existe ningún principio general ni norma de Derecho internacional que, al margen de los Tratados, atribuya a los extranjeros el derecho a entrar en un país distinto al propio y, mucho menos, a permanecer en él”.* Sin embargo, señala acto seguido el mismo autor, *“No es concebible, en los términos en los que se configura la Sociedad Internacional actual, que el Estado pueda negarse a admitir la entrada de extranjeros en su territorio; pero es innegable su libertad para fijar cuáles son las condiciones que deben cumplir para ser admitidos”.*

163

¹¹ Básicamente lo establecido en la Declaración es lo siguiente:

- El asilo concedido por un Estado debe ser respetados por los otros;
- No puede buscar asilo aquella persona que haya cometido delitos contra la paz, delitos de guerra o delitos contra la Humanidad;
- La situación de las personas asiladas por un Estado interesa a la Comunidad Internacional;
- A ninguna persona solicitante de asilo podrá negársele la entrada al país, y tampoco se le podrá expulsar o devolver a cualquier país donde pueda ser perseguida;
- Los Estados concedentes de asilo velarán para que estas personas no se dediquen a actividades que vayan en contra de los propósitos y principios de Naciones Unidas.

¹² No obstante, como recuerda Díez de Velasco: *“la Declaración de asilo territorial proyecta el deseo de que el asilo sea considerado como un derecho de la persona, y no como una facultad de los Estados”.*

¹³ Entre estos otros textos sobre el asilo diplomático nos encontramos con la Convención sobre Asilo de la Habana de 1928, la Convención sobre Asilo Político de Montevideo de 1933 o el Tratado sobre Asilo y Refugio político de Montevideo de 1939.

¹⁴ En la región latinoamericana, existe efectivamente la costumbre de dar asilo diplomático, en tanto en cuanto es una práctica generalmente aceptada por dichos Estados y se da la condición de la *opinio iuris*.

¹⁵ El concepto de derecho de asilo diplomático resulta polémico en aquellos Estados no latinoamericanos. La inmensa mayoría de Estados, entre ellos el español, no reconocen el asilo diplomático como un derecho. Además, no solo es que no lo reconozcan, sino que entienden que esta práctica supone una conculcación de la soberanía del Estado donde está situada la delegación diplomática en la cual se pretende refugiar a la persona en cuestión.

¹⁶ Cabe señalar que la Convención fue adoptada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el estatuto de los refugiados y apátridas, que se celebró en Ginebra del 2 al 25 de julio de 1951. La Convención se firmó en Ginebra el 28 de julio de 1951 y entró en vigor el 22 de abril de 1954. Por su parte, el Protocolo de Nueva York fue aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, entrando en vigor el 4 de octubre de 1967.

¹⁷ Vid. BOE de 21 de octubre de 1978.

¹⁸ Vid. el texto íntegro de la Convención de 1951: <https://www.acnur.org/media/convencion-sobre-el-estatuto-de-los-refugiados-de-1951> [Consulta: 15-01-2024].

¹⁹ Cabe mencionar que después de la aprobación de la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967, se han aprobado otros instrumentos internacionales cuya aplicación se dirige a las personas refugiadas. Así, en el continente europeo podemos mencionar: el Acuerdo Europeo relativo a la supresión de visados para los refugiados (1959), el Convenio Europeo de Seguridad Social y Convenio complementario para la aplicación de este (1972), o el Acuerdo Europeo sobre transferencia de la responsabilidad respecto de los refugiados (1980).

²⁰ Cabe reseñar que antes de la Convención de 1951, “se definía a los refugiados con criterios *ad hoc* en referencia a su nacionalidad”. Podría decirse, por lo tanto, que la Convención de 1951 y su posterior Protocolo de 1967 son las primeras normas elaboradas para la protección de las personas refugiadas con vocación general y universal.

Vid. En este sentido, ACNUR (s.f.): “Determinación de la condición de refugiado”: <https://www.acnur.org/determinacion-de-la-condicion-de-refugiado.html> [Consulta: 31-08- 2023].

²¹ Cabe señalar que, a efectos de la Convención de 1951, una persona es refugiada desde el momento en que reúne los requisitos de la definición. De este modo, el reconocimiento de la condición de refugiado tiene carácter declarativo. En este sentido, vid. ACNUR (1992: 11): *Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7575.pdf>, [Consulta: 15-01-2024].

²² Se está refiriendo aquí la Convención de 1951 a los apátridas. En este sentido, vid. ACNUR: *Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954*, <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0006.pdf> [Consulta: 15-01-2024].

²³ Esta condición temporal obedece a la necesidad moral y legal de dar respuesta a las personas refugiadas que obtuvieron tal estatus antes de la entrada en vigor de la Convención de 1951, y garantizar dicho estatus. En este sentido, una persona que ha sido considerada refugiada por los instrumentos mencionados, que son anteriores a la Convención de 1951, es considerada de un modo automático persona refugiada en virtud de la Convención de 1951. Vid. ACNUR: *Manual de procedimientos y criterios...* (1992: 11).

²⁴ Se está refiriendo obviamente, a los hechos acontecidos durante la II Guerra Mundial. Vid. página web del ACNUR (2016): “Preguntas frecuentes de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951”: <https://www.acnur.org/noticias/noticia/2016/12/5b7e71a35/preguntas-frecuentes-de-la-convencion-sobre-el-estatuto-de-los-refugiados-de-1951.html> [Consulta: 31-08-2023].

²⁵ Vid. Protocolo de Nueva York de 1967: https://www.oas.org/dil/esp/1967_Protocolo_sobre_el_Estatuto_de_los_Refugiados.pdf [Consulta: 15-01-2024].



²⁶ Son Estados parte en la Convención y no son Estados parte en el Protocolo de 1967: Madagascar y San Cristóbal y Nieves.

Por otro lado, son Estados partes en el Protocolo sin ser Estados parte en la Convención: Cabo Verde, los Estados Unidos de América y la República Bolivariana de Venezuela.

Vid. Página web del ACNUR (2011): *Estados partes de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y el Protocolo de 1967*, <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0506.pdf> [Consulta: 15-01-2024].

²⁷ En este punto, vid. La Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, de 21 de diciembre de 1965: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CERD.aspx> (Consulta: 15-01-2024); y “Cuatro declaraciones sobre la cuestión racial”, de la UNESCO: <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001281/128133so.pdf> [Consulta: 15-01-2024].

²⁸ Las Directrices del ACNUR son instrumentos de *Soft Law*, que pretenden indicar de un modo no imperativo, aunque deseable, cómo se ha de interpretar lo contemplado en la Convención de 1951 y en su Protocolo de 1967.

²⁹ Vid. ACNUR: Directrices sobre protección internacional nº 6: Solicitudes de asilo por motivos religiosos bajo el Artículo 1A (2) de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados: <https://www.refworld.org/es/publisher,UNHCR,,,57f76dfaa,0.html> [Consulta: 15-01-2024].

³⁰ Vid. también en este punto, la “Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las Formas de Intolerancia y Discriminación fundadas en la Religión o las Convicciones”, de 25 de noviembre de 1981: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/ReligionOrBelief.aspx> [Consulta: 15-01-2024].

³¹ Dice el ACNUR en sus Directrices sobre solicitudes de asilo por motivos religiosos, que se debe tomar en cuenta aquello que, aunque pueda parecer trivial para alguien ajeno, pueda ser fundamental para las convicciones del solicitante, pág. 6.

³² Vid. ACNUR: *Manual de procedimientos y criterios...* (1992: 18).

³³ Vid. ACNUR (2002): Directrices sobre la Protección Internacional nº 2: “‘Perteneencia a un determinado grupo social’ en el contexto del Artículo 1A (2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y/o su Protocolo de 1967”: <https://www.refworld.org/es/publisher,UNHCR,,,57f767e11b,0.html> [Consulta: 15-01-2024].

³⁴ Vid. página web del Consejo de Europa: <http://www.coe.int/en/web/portal/home> [Consulta: 15-01-2024].

³⁵ Como señala la mencionada autora:

“*La labor de mayor trascendencia llevada a cabo por el Consejo de Europa en materia de protección de los derechos humanos es la adopción del Convenio Europeo de los Derechos Humanos*”.

³⁶ Vid. en este sentido las Directrices del ACNUR sobre los criterios y estándares aplicables a la detención de solicitantes de asilo y las alternativas a la detención: <http://www.refworld.org/cgi-bin/taxis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=51e3b3244> [Consulta: 13-02-2024].

³⁷ Vid. Caso Berrehab contra Reino de los Países Bajos. Sentencia de 21 junio 1988 y Moustaquin contra Bélgica de 18 de febrero de 1991, entre otras.

³⁸ La jurisprudencia del TEDH ha señalado que el recurso del que habla el art. 13 CEDH no ha de ser necesariamente un recurso judicial: “*Del mismo modo, la “instancia” que menciona esta disposición no tiene por qué ser una institución judicial, pero entonces se consideran sus facultades y las garantías que presenta a la hora de valorar la efectividad del recurso que se ejerce ante ella*” en la sentencia de Gebremedhin contra Francia, de 26 de julio de 2007.

³⁹ Vid. Diccionario CEAR – Euskadi: “Asilo sobrevenido”: <http://diccionario.cear-euskadi.org/asilo-sobrevenido/> [Consulta: 15-01- 2024].

⁴⁰ Vid. ACNUR (2003): Directrices sobre protección internacional n° 4: La “alternativa de huida interna o reubicación” en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados: <http://www.refworld.org/docid/47fdafb0.html> [Consulta: 15-01-2024].

⁴¹ Párrafo 7 de las Directrices del ACNUR sobre la posibilidad de huida interna.

⁴² Párrafo 13 de las Directrices del ACNUR sobre la huida interna.

⁴³ Párrafo 17 de las Directrices del ACNUR sobre la huida interna.

⁴⁴ Párrafo 7 de las Directrices del ACNUR sobre la huida interna.

166

⁴⁵ Párrafo 24 de las Directrices del ACNUR sobre la huida interna.

⁴⁶ Párrafo 26 de las Directrices del ACNUR sobre la huida interna.

⁴⁷ Párrafo 31 de las Directrices del ACNUR sobre la huida interna.

⁴⁸ Vid. Documento de 4 de febrero de 1997: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1547.pdf> [Consulta: 15-01-2024].

⁴⁹ Vid. párrafos 40 a 43 de las Directrices sobre Protección Internacional n° 12: “Solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con situaciones de conflicto armado y violencia bajo el artículo 1A (2) de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y las definiciones regionales de refugiado”: <https://www.acnur.org/media/directrices-sobre-proteccion-internacional-no-12-solicitudes-de-la-condicion-de-refugiado> [Consulta: 15-01-2024].

⁵⁰ Los Estados que estaban por la labor de crear una obligación convencional de otorgar asilo territorial fueron la República Federal de Alemania, Suecia, Noruega y el Estado de la ciudad del Vaticano.

⁵¹ Consideramos que la validez del visado pudiera ser de 90 días, debiendo la persona extranjera solicitar el asilo o protección internacional ante las autoridades migratorias del país de destino en el mencionado plazo. Si no lo hiciera en el plazo marcado, quedaría sujeta entonces a un procedimiento de expulsión.

