



COMILLAS

UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

Facultad de Derecho

Grado en Derecho y Administración
y Dirección de Empresas

Trabajo Fin de Grado

Devoluciones en caliente,

Su aplicación a demandantes de
asilo en España.

Estudiante: Lucía Temboury Húmera

Directora: Raquel Regueiro Dubra

Madrid, abril 2020

INDICE

INTRODUCCIÓN	2
1. Concepto de extranjero, refugiado y demandante de asilo	4
2. Regulación del asilo y del refugio en España	12
3. Concepto del principio de <i>non refoulement</i>	20
3.1 El rechazo indirecto de los refugiados y la expulsión a otros territorios	25
3.2 Excepciones al principio de non refoulement	29
3.3 Los derechos incluidos en el principio no devolución	30
3.4 El concepto de riesgo y el principio de no devolución	31
3.5 Remedios Judiciales y efecto suspensivo	33
4. Las devoluciones en caliente, concepto y problemática	33
4.1 Análisis de la sentencia Hirsi Jamaa y otros contra Italia	37
4.1.1 Parte descriptiva	37
4.1.2 Parte crítica	43
4.2 Análisis de la sentencia NT-ND contra España	47
4.2.1 Parte descriptiva	47
4.2.2 Parte crítica	50
CONCLUSIONES	53
BIBLIOGRAFÍA	58

INTRODUCCIÓN

Siempre me he sentido atraída por el Derecho Internacional público y sus diversas aplicaciones. Es una disciplina que permite abarcar distintas cuestiones relacionadas con los derechos humanos a nivel global y cuyo estudio da un conocimiento, en mi opinión necesario, sobre problemáticas que se suscitan en todos los países y que deben ser atendidas por juristas realmente apasionados. Es por ello, que decidí desarrollar mi trabajo de fin de grado en esta rama del derecho y, más concretamente, en torno a la problemática del derecho de asilo y refugio. Considero que, al margen de ser una temática apasionante y muy vinculada con la parte más humana y bonita del derecho, también es una cuestión de la que, con frecuencia y sin criterio, se habla en los medios de comunicación españoles y en las calles. Así que, puede decirse que fue precisamente la necesidad de poder rebatir determinadas opiniones infundadas y defender mi punto de vista, lo que me impulsó a investigar esta controvertida y gran desconocida cuestión.

El objeto de este trabajo es el análisis de las figuras del asilo y del refugio, tanto a nivel nacional como a nivel europeo. No obstante, se hará especial hincapié en las políticas de devolución de refugiados que determinados Estados llevan a cabo en aguas internacionales y su relación con el artículo 33 de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados; artículo que, precisamente, recoge la prohibición de expulsión o devolución de los mismos.

En cuanto a los objetivos del trabajo, destacamos principalmente tres: en primer lugar, aclarar las diferencias entre las figuras de asilo y refugio (que a menudo se confunden) y comprender el tratamiento que se les da a nivel nacional y europeo; en segundo lugar, analizar el principio de no devolución, recogido en el artículo 33 de la mencionada Convención, de modo que comprendamos su alcance, excepciones y derechos inherentes. Por último, se pretende realizar un acercamiento a la figura de la devolución en caliente, puesta en el contexto del principio de no devolución y realizar un análisis del tratamiento que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos está otorgando a la cuestión.

La metodología empleada para la realización de este trabajo se ha basado en un método deductivo; de modo que, partiendo de premisas generales del Derecho Internacional público (como el concepto de asilo y de refugio), hemos llegado a una serie de

conclusiones específicas en relación al principio de no devolución y la práctica de devoluciones en caliente por parte de Estados miembros de la Unión Europea.

Para ello se han empleado diferentes fuentes informativas:

- Fuentes primarias: leyes, protocolos y reglamentos; así como convenios, declaraciones y sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- Fuentes secundarias: Libros, artículos, informes e información recabada de páginas web de organismos oficiales.

El trabajo comienza con un análisis de las figuras de asilo y refugio y la diferencia que existe entre ambas, atendiendo a la normativa que las regula, tanto a nivel nacional como a nivel europeo. A continuación, se procede al análisis profundo del principio de no devolución o de *non-refoulement*, haciendo hincapié en su ámbito de aplicación, límites o excepciones, derechos inherentes al principio y tratamiento judicial o tutela que el mismo recibe. Seguidamente, se analiza el fenómeno de las devoluciones en caliente y se pone en relación con el principio de no devolución; para finalmente concluir con el análisis de dos sentencias del TEDH que son relevantes para lo estudiado: el caso Hirsi Jamaa y otros contra Italia y el caso NT-ND contra España.

1. Concepto de extranjero, refugiado y demandante de asilo

Para abordar los conceptos de refugio y asilo y su problemática, primero es necesario hablar del concepto de extranjero y el tratamiento que se le da a dicha cuestión en los Estados receptores. Los extranjeros son las personas físicas o jurídicas que no son consideradas nacionales del país en el que están domiciliadas o bien son transeúntes en el mismo.

Podemos abordar la definición desde un plano nacional, tomando por referencia la Ley orgánica 4/2000 de 11 de enero sobre derecho y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que define el concepto de extranjero en su art. 1.1 de la siguiente manera: “Se consideran extranjeros, a los efectos de la aplicación de la presente ley, a los que carezcan de la nacionalidad española”¹

Según nos explica José A. Pastor Ridruejo² no existe una norma o una costumbre a nivel internacional que establezca que los estados han de admitir a los extranjeros en su territorio.

Básicamente concluye que se trata de una cuestión que se deja a discrecionalidad de los Estados. De este modo, las reglas que regulan la admisión de los extranjeros en un Estado serán normas internas de los mismos, generalmente de carácter administrativo.

Al no regularse la entrada de los extranjeros a nivel internacional, es claro que tampoco hay una regulación a nivel internacional que verse sobre las expulsiones de los mismos, por lo que puede darse la desprotección del extranjero en este sentido.

No obstante, no debemos confundir discrecionalidad con arbitrariedad, no pudiendo los Estados tomar decisiones que no respeten los procedimientos legales, pues en este caso estaría actuando de forma arbitraria y por ello incurrirían en responsabilidad internacional.

¹ Boletín oficial del Estado, núm. 10, de 12 de enero de 2000.

² Pastor Ridruejo, José. A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Madrid, vigésima tercera edición, Tecnos, 2019, p. 254.

Julio Barboza³ coincide con Díez de Velasco⁴ y con José A. Pastor Ridruejo⁵ en este punto. Las cuestiones relativas a la entrada, la permanencia, la expulsión y en general el tránsito de los extranjeros en el territorio de un Estado, es algo que le compete a éste de forma exclusiva.

En este sentido, hacen hincapié Barboza⁶ y José A. Pastor Ridruejo⁷ en que la admisión de los extranjeros será siempre más severa cuando nos referimos a estancias de carácter permanente, mientras que la regulación del turismo será más flexible. Así, la entrada de inmigrantes admite requisitos estrictos, como puede ser la condición de poseer un contrato de trabajo, lo cual no se considera discriminatorio, pues tiene por objeto controlar la entrada de ilegales o delincuentes.

El hecho de que la expulsión de los extranjeros compete a los propios Estados y su normativa interna es necesario para mantener la seguridad y el orden público dentro de los mismos.

No obstante, sí que existe un standard internacional, según autores como Julio Barboza⁸, en lo que a trato de los extranjeros respecta. El contenido de este mínimo hace referencia sobre todo a que quede protegida la vida y los intereses del extranjero. Esto se traduce en una serie de cuestiones como: el derecho a no ser detenido de forma arbitraria, el derecho a no ser torturado o sometido a tratos inhumanos y el derecho a tener libre acceso a los tribunales del Estado en cuestión o el derecho a ejercitar determinados derechos civiles básicos, como puedan ser los relativos a filiación.

Según el mismo autor, no basta con dar a los extranjeros el mismo trato que se da a los nacionales de un país, si el trato que se les otorga a los segundos se encuentra por debajo del mencionado standard.

Para comprender las figuras del asilo y del refugio, es necesario partir de una serie de premisas. Así pues, en primer lugar, partiremos de la existencia de un individuo que huye del Estado en el que residía, hacia otro Estado. Por tanto, intervienen dos Estados en el proceso: El Estado de origen, que no necesariamente será el de la nacionalidad del

³ Barboza, Julio., *Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, segunda edición, Zavalia, 2001.

⁴ Díez De Velasco, Manuel., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, decimoctava edición, Tecnos, 2009.

⁵ Pastor Ridruejo, José A., *op.cit.*, nota 2, p. 246.

⁶ Barboza, Julio., *op.cit.*, nota 3, p. 624.

⁷ Pastor Ridruejo, José A., *op.cit.*, nota 2, p. 246.

⁸ Barboza, Julio., *op.cit.*, nota 3, p. 626.

individuo (pues podemos referirnos a un apátrida, por ejemplo) y el Estado de destino, que será aquel al que llega el individuo en busca de protección y cuya nacionalidad no posee, por lo que es un extranjero en el mismo. Al Estado de destino nos referiremos como “Estado territorial”. Por último, tiene que existir una causa por la que el individuo decide salir del Estado de origen y buscar protección en el de destino, que se encontrará relacionada con cuestiones sociales, políticas, etc., que amenazan a su vida o derechos fundamentales.

Mientras que la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 28 de julio de 1951, modificada posteriormente por el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 31 de enero de 1967, regulan la figura del refugio, en Europa hay dos convenios que desarrollan el concepto de asilo. Estos textos son el Convenio de Dublín relativo a la terminación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas en los Estados miembros de las Comunidades Europeas y el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, ambos del año 1990. Además, el sistema introducido por el Convenio de Dublín ha sufrido actualizaciones en 2003 y en 2013. Posteriormente el Tratado de Ámsterdam (1997) configuró el asilo como una categoría integrada en las competencias de la Unión Europea (UE).

La palabra asilo deriva del latín *Asylum* y, según el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), podemos entender el asilo como la protección que los Estados, en el ámbito del Derecho Internacional público, ofrecen a personas que, sin ser nacionales suyos, sufren amenazas o persecuciones que ponen en peligro sus derechos fundamentales y libertades. Tal amenaza a sus derechos proviene, en principio de las autoridades de otro Estado, pero también puede provenir de personas o multitudes que han escapado del control de las autoridades (cuestión a la que nos referiremos más adelante en detalle).

Debemos distinguir entre tres tipos de asilo: en primer lugar, el asilo diplomático, en segundo lugar, el asilo territorial y, por último, el asilo neutral.

Por asilo diplomático se entiende un tipo de asilo que solamente afecta o se circunscribe a Latinoamérica, es decir, solamente se aplica a los Estados que, siendo parte de esa región son Estados miembro de los tratados que rigen la materia, o bien están obligados por costumbre a nivel internacional⁹. En este caso el solicitando no abandona el país en

⁹ Pastor Ridruejo, José A., *op.cit*, nota 2, p. 256.

el que sufre persecución, sino que la protección se le brinda en ese mismo Estado, pero en lugares que se encuentran bajo la bandera de otro extranjero (como las embajadas, las aeronaves militares o los navíos de guerra. Además, el Estado de la bandera podrá conceder bajo la protección que brinda, una salida del país por parte del refugiado sin que éste corra peligro en lo relativo a su vida o libertad¹⁰.

Por asilo territorial, según Manuel Díez de Velasco¹¹ nos referimos a la protección que un Estado presta determinadas personas, acogiénolas en su territorio, cuando estas sufren persecución por motivos políticos y su vida o libertad se encuentran en peligro en el Estado del que proceden. A pesar de que dichas personas normalmente serán nacionales de este último Estado, eventualmente cabe la posibilidad de que lo sean de un tercer un Estado; cuestión que estudiaremos más adelante con más detalle.

Por asilo neutral se entiende la protección que concede un Estado neutral en tiempo de guerra a los miembros de las fuerzas armadas de estados beligerantes; es un tipo de asilo territorial, pero no entraremos a analizarlo en este trabajo¹².

Como veníamos diciendo, las cuestiones relativas al tránsito de extranjeros corresponden a los propios Estados de forma discrecional. De este modo, con la concesión del asilo sucede lo mismo.

La concesión del asilo deriva de la soberanía de los mismos y no debemos entenderla como un derecho, sino como una concesión que los Estados otorgan al extranjero en concreto y bajo unas determinadas condiciones.

Esta es la forma en la que queda recogida la cuestión en la Declaración sobre Asilo Territorial que se aprobó por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1967. No obstante, en el artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos se dice que, en caso de persecución, toda persona tendrá derecho a buscar protección o asilo en otro país. De aquí se deduce, que toda persona tiene, por tanto, derecho a abandonar su país, aunque sea el propio. Esta contradicción que parece existir, en la vía práctica se solucionando protegiendo al asilado de forma indirecta en

¹⁰ Pastorino, A.M., Ippoliti, M.R., "A propósito del asilo diplomático", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de la república*, 2019, núm.47, 11-37. ISSN 2301-0665.

¹¹ Díez de Velasco, M., *op.cit.*, nota 4, pp. 627-628.

¹² Imaz, C., "El asilo diplomático en la política exterior de México", *Revista Mexicana de Política Exterior*, 1993, Núm.40-41, 1-19. ISSN 2594-2441.

virtud de otros derechos fundamentales como el derecho a la vida o la prohibición de tortura, cuestión que veremos más adelante.

La Asamblea General, establece en la Declaración sobre Asilo Territorial 2312¹³ unas líneas generales en lo que a asilo respecta: en primer lugar, dice que el asilo deriva de la soberanía de los Estados (como veníamos diciendo) y, que, por tanto, debe ser respetada por el resto de Estados, añadiendo que, por este motivo, son los mismos los que establecen las causas de asilo. Es decir, los Estados en base a su soberanía regulan el asilo y las condiciones para su concesión.

Esta declaración también recoge que en aquellos casos en los que un extranjero haya cometido delitos contra la paz o contra la humanidad, así como crímenes de guerra, quedará excluido del asilo, pues estos crímenes tienen un carácter internacional¹⁴.

La misma declaración, no solamente se refiere a las personas que sufren persecución, sino también a aquellas que luchan contra el colonialismo como posibles beneficiarios del asilo. La Asamblea menciona, en este contexto, el principio de no devolución, exponiendo que los mencionados extranjeros no podrán ser devueltos al mismo Estado del que proceden o extraditados a cualquier otro en que puedan ser objeto de persecución. Por último, la Asamblea destaca que el Estado asilante no podrá permitir que los extranjeros lleven a cabo, en su territorio y bajo protección de asilo, actividades contrarias a los principios de las Naciones Unidas.

Por tanto, es importante el hecho de que serán las personas comprendidas en el art.14 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante la DUDH) y aquellas que luchan contra el colonialismo, las que tienen derecho a que no se le niegue la entrada al territorio de los Estados y a no ser devueltas al mismo Estado del que proceden, o extraditadas a cualquier otro, en que puedan ser objeto de persecución.

El artículo 14 de la DUDH dice, textualmente, así:

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

¹³ Declaración sobre Asilo Territorial, resolución 2312 (XXII) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 14 de diciembre de 1967.

¹⁴ Declaración Universal de Derechos Humanos, Resolución 217 A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 10 diciembre de 1948.

2. Este derecho no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.

Como vemos, en el apartado dos de este artículo se hace referencia a aquellos casos en los que no podrán los extranjeros beneficiarse del derecho de asilo, tal y como explica la propia Asamblea General en la mencionada declaración.

La ausencia de una codificación o una normativa internacional única relativa al asilo no ha impedido que se hayan producido procesos de codificación en ámbitos próximos o similares al mismo, concretamente nos referimos al Estatuto Internacional del Refugiado.

En este aspecto es importante mencionar que cuando existen dificultades por parte de un Estado, para dar asilo provisional, el conjunto de Naciones Unidas deberá aplicar el principio de solidaridad internacional para aligerar la carga de tal Estado. En este sentido, se enuncia el principio, según el Experto independiente sobre derechos humanos y solidaridad internacional¹⁵, lo podemos definir como:

La unión de intereses o de objetivos entre los países del mundo y la cohesión social entre ellos, sobre la base de la dependencia mutua entre los Estados y otros agentes internacionales, con el fin de preservar el orden y la supervivencia misma de la sociedad internacional, así como de alcanzar objetivos colectivos que requieren la cooperación internacional y una acción conjunta.

O bien, según la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos¹⁶:

La solidaridad internacional es definitivamente un principio de Derecho Internacional y, en particular, del Derecho Internacional humanitario; en el artículo 28 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos se establece claramente que toda persona tiene derecho a que se establezca "un orden social e internacional" justo, y se consagra este derecho como un principio que todos los países deben respetar.

Según Barboza¹⁷, la extradición constituye una excepción a la supremacía de los Estados, de carácter voluntario, precisamente en el marco de la solidaridad internacional. No obstante, hay que tener en cuenta que los delitos políticos suelen constituir una excepción a la regla de la extradición por que el perseguido carece de peligrosidad para los demás

¹⁵ Consejo de Derechos Humanos, Doc. núm. A/HRC/12/27, p. 4.

¹⁶ Consejo Derechos Humanos, *op.cit.*,15, p. 9.

¹⁷ Barboza, Julio.,*op.cit.*, nota 3, p. 633.

Estados y por qué cabe la posibilidad de que exista parcialidad por parte de los tribunales que enjuician a tales delincuentes.

Ahora comenzaremos a indagar en el concepto de refugio. Este término se consolida tras la segunda guerra mundial, naciendo en un primer momento como una institución de carácter europeo. La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados se aprobó en Ginebra el 28 de julio de 1951, siendo modificada posteriormente por el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, el cual se aprobó en Nueva York el 31 de enero de 1967, y que amplía ámbito de aplicación del texto original. España concretamente se adhirió los textos depositando instrumento en fecha 14 de agosto de 1978.

En el artículo 1 de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto del Refugiado, se define refugiado como aquel que,

Debido a fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un 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 su 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.

Es fácil apreciar la similitud de esta figura con la del solicitante de asilo; sin embargo, la figura del refugiado es más restrictiva, ya que las causas que justifican la concesión de tal estatuto se encuentran limitadas de forma taxativa.

Según Díez de Velasco¹⁸, podemos apreciar una serie de similitudes y una serie de diferencias entre las figuras de asilo y refugio. De este modo, mientras que el asilado político es alguien que recibe protección territorial por parte de un Estado (el Estado asilante), una persona podrá obtener el estatuto de refugiado conforme a la Convención de Ginebra del año 51 y, sin que, de tal reconocimiento, se derive para el Estado otorgante, una obligación de conceder al particular los permisos de residencia y trabajo en su territorio. Como vemos, el estatuto de refugiado solamente concede al particular un derecho que identificamos como el “principio de no devolución”. No obstante, la aplicación de este principio, como veremos, no excluye la posibilidad de expulsión a un tercer Estado que se determine seguro, pues se trata de salvaguardar los derechos fundamentales de la persona que huye.

¹⁸ Díez de Velasco, M., *op.cit.*, nota 4, pp. 629-630.

En cuanto a los elementos comunes encontramos que ambas categorías se fundamentan en una persecución previa por razones ideológicas, de conciencia o políticas. No debemos incluir dentro de estas categorías aquellos casos en los que las solicitudes de protección internacional por parte del extranjero en el Estado territorial se encuentren fundamentadas en otras causas de tipo económico, social u otras que puedan darse en el país de origen (como la pobreza generalizada o una guerra civil). A demás, tanto asilo como refugio son instituciones que protegen de la persecución individualizada contra la persona beneficiaria del régimen en cuestión.

Decíamos que en Europa hay dos convenios que desarrollan el concepto de asilo. Estos textos son el Convenio de Dublín y el Convenio de Aplicación del acuerdo de Schengen (1990). El sistema introducido por el Convenio de Dublín ha sufrido actualizaciones en 2003 y en 2013. De este modo, el asilo queda conceptualmente establecido como la protección que un Estado otorga a aquella persona que sufre una persecución por alguno de los motivos que se establecen en la Convención de Ginebra de 1951. No obstante, la finalidad de ambos textos era principalmente procedimental, pues tratan de mitigar los problemas de los refugiados "en órbita" (es decir, aquellos que son enviados de un país a otro sin que ninguna examine su solicitud) y el de las solicitudes múltiples, mediante un procedimiento de determinación del Estado que debía de examinar las solicitudes en cada caso¹⁹.

Por otro lado, el Tratado de Ámsterdam (1997) configuró el asilo como una categoría integrada en las competencias de la Unión Europea (UE), lo cual permitió la formación de la SECA (Sistema Europeo Común de Asilo):

La política de asilo común contempla tres formas diferentes de protección en Europa, según Manuel Díez de Velasco²⁰:

En primer lugar, el asilo según el Convenio de Dublín, se aplica como régimen principal y otorga mayor protección a los refugiados. En segundo lugar, si esta protección no fuera aplicable debido a que las circunstancias de las personas no encajan dentro de los supuestos de persecución que se definen en la Convención de Ginebra de 51, se aplica un segundo régimen al que denominamos "protección subsidiaria". Estaríamos hablando

¹⁹ Escobar Hernández, C., "El Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen y el Convenio de Dublín: una aproximación al asilo desde la perspectiva comunitaria" *Revista de Instituciones europeas*, Vol. 20, 1993, núm. 20, pp. 53-100. p. 56.

²⁰ Díez de Velasco, M., *op.cit.*, nota 4, p. 632.

pues, de una protección que se presta a aquellos individuos cuyos derechos fundamentales, entre ellos el derecho a la vida, corren peligro y, por tanto, huyen de su país de residencia. Por último, cabe mencionar el régimen de “protección temporal”, que está orientado a aquellos casos en que los individuos han de ser acogidos en masa de forma temporal, debido a que abandonan su Estado de origen por motivos extraordinarios como catástrofes naturales o guerras. Esta protección se les concede independientemente de si sufren o no una persecución individualizada o una violación de sus derechos humanos.

A modo de conclusión, la política de asilo y de refugio de la Unión Europea busca otorgar una protección apropiada a los extranjeros que la solicitan en alguno de los Estados miembros. La Unión Europea tiene por objetivo establecer una política común en estas materias y que quede garantizado el respeto, por parte de los Estados miembros, del principio de no devolución (cuestión que analizaremos más adelante en detalle).

2. Regulación del asilo y del refugio en España

En lo referido a España, la regulación del asilo tiene lugar por primera vez tras la aprobación de la Constitución de 1978, que se refiere a las figuras del asilo y del refugio en su art.13.4 al establecer que “*la ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España.*”. De este modo, España se adhiere al Derecho Internacional en el año 1978, año en que se incorporó a la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados.

Para comprender la regulación actual de las figuras de asilo y refugio, es necesario comprender la evolución de la misma, cuestión que bien explica Díez de Velasco²¹:

La redacción de la CE de 1978 no incluye el derecho de asilo entre los derechos fundamentales. En previsión de la misma, se aprobó la Ley 5/1984 de 26 de marzo²², que regulaba el derecho de asilo y la condición del refugio. El reglamento de aplicación de esta ley se aprobó por el Real Decreto 511/1985 de 20 de febrero²³. En dicha ley se reconocía el derecho de los extranjeros a solicitar el asilo en nuestro país, estableciéndose

²¹ Díez de Velasco, M., *op.cit.*, nota 4, pp. 633-634.

²² Boletín oficial del Estado, núm.74, de 27 de marzo de 1984.

²³ Boletín oficial del Estado, núm. 94 de 19 de abril de 1985.

que el Gobierno sería quién concediera o no la solicitud, una vez valoradas las circunstancias del país de origen y las del propio individuo que solicitaba el asilo.

Con esta ley, por tanto, existía una diferenciación entre las figuras de asilo y de refugio, en el sentido de que al refugio se le dotaba de una mayor protección.

No obstante, la Ley 5/1984 y su reglamento, fueron modificados por la Ley 9/1994 de 19 de mayo²⁴, con su corrección de errores²⁵ y su Reglamento de 10 de febrero de 1995²⁶. Esta modificación está orientada a prevenir los casos de fraude por inmigración económica, es decir, evitar que se tramiten solicitudes de asilo cuándo la realidad corresponde a casos de inmigración económica y, a acelerar los procedimientos de examen individualizados de las solicitudes de asilo.

Los cambios que introdujo la mencionada Ley 9/1994 fueron principalmente los siguientes:

En primero lugar, eliminó la doble figura de asilo y refugio, de tal forma que el asilo se configura desde esta ley como la protección que nuestro país dispensa a aquel individuo al que le sea reconocido el estatuto de refugiado conforme a la Convención de Ginebra de 1951. Y, a su vez, el asilo por razones humanitarias, se reconduce con la entrada en vigor de esta ley a la vía de la legislación de extranjería general.

En segundo lugar, se introduce una fase previa al examen de las solicitudes de asilo; lo cual tiene por objeto que sea posible la denegación rápida de solicitudes que no corresponde a nuestro país examinar o en los casos en que exista otro Estado en condiciones de prestar el asilo. De este modo, la entrada de los extranjeros en España queda supeditada a la admisión a trámite de su solicitud.

Por último, la nueva legislación estipula que aquel solicitante cuya petición de asilo no se admita a trámite o bien se deniegue, debe abandonar el territorio de nuestro Estado. Esto será a salvo de que el extranjero reúna las condiciones para permanecer en España conforme al régimen de extranjería o de que se le autorice para ello por motivos de interés público o causas humanitarias.

²⁴ Boletín oficial del Estado, núm.122 de 23 de mayo de 1994

²⁵ Boletín oficial del Estado, núm.131 de 2 de junio de 1994

²⁶ Boletín oficial del Estado, núm.52 de 2 de marzo de 1995

La última reforma que tenemos de la regulación de asilo en España, se introdujo mediante la Ley 12/2009 de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.

Por tanto, en resumen, España se adhiere al Derecho Internacional en el año 1978, año en que se incorporó a la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados. Por lo que respecta al derecho de asilo, éste quedó recogido en la nueva constitución, aprobándose en el año 1984 la primera ley que regulaba el derecho de asilo sobre la condición de refugiado en España. Esta ley sufrió en 2009 su última modificación, en la que se introdujeron cuestiones relativas, entre otras, a las formas de persecución e incluyendo normas de la Unión Europea vinculantes.

La Ley 12/2009, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria establece el concepto de condición de refugiado en su artículo 3, de la siguiente manera:

La condición de refugiado se reconoce a toda persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a determinado grupo social, de género u orientación sexual, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país, o al apátrida que careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde tuviera su residencia habitual, por los mismos motivos no puede o, a causa de dicho temores, no quiere regresar a él, y no esté incurso en alguna de las causas de exclusión del art. 8 o de las causas de denegación o revocación del art.9.

En esta ley, la protección subsidiaria y el asilo se refieren a la misma figura y régimen de protección. De este modo, podrán beneficiarse de la protección subsidiaria o del asilo las personas, en aquellos casos en que las autoridades de los Estados territoriales aprecien motivos para creer que, si tales personas regresan al país del que proceden, estarían expuestos a un riesgo real o a un daño grave de los previstos en la propia ley.

En la Ley 12/2009 se regulan por primera vez los elementos esenciales para determinar el concepto de refugiado, como el motivo de la misma y el agente perseguidor.

Los actos de persecución a que se refiere esta ley serían actos de violencia, ya sea física o psicológica, las medidas legales o políticas discriminatorias con el individuo que huye, penas desproporcionadas y la denegación de la tutela judicial en estos casos y otros recogidos en el art.6 de la mencionada ley.

En cuanto a los agentes de persecución, no debemos entender que solamente cabe solicitar el refugio cuando la misma proviene de los Estados, sino que también se puede solicitar cuando la persecución proviene de partidos que controlan el Estado o una parte del territorio considerable y cuando la llevan a cabo por agentes no estatales y el Estado no puede o no quiere proporcionar protección contra los mismos²⁷.

Como ya sucedió con la regulación introducida por la Ley 9/1994, los términos de refugio y de asilo quedan aunados en la Ley 12/2009, aspecto que se desprende el artículo 3 de la misma, que dice así:

El derecho de asilo es la protección dispensada a los nacionales no comunitarios o a los apátridas a quienes se reconozca la condición de refugiado en los términos definidos en el artículo 3 de esta Ley y en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y su Protocolo, suscrito en Nueva York el 31 de enero de 1967.

En cuanto al término “solicitante de asilo”, a su vez, se refiere a aquella persona que, habiendo tramitado una solicitud de protección internacional o de asilo, no ha recibido todavía una resolución por parte de las autoridades de España²⁸. Las cuestiones relativas a la expulsión, devolución o a la extradición quedan, en todo caso, en suspenso hasta que haya una decisión con respecto a la solicitud; esto es lo que en la teoría se conoce como principio de no devolución o de *non refoulement*, del francés.

No obstante, al margen de la aplicación de éste principio del Derecho Internacional, que analizaremos en más detalle, hay más derechos que la legislación española reconoce a los solicitantes de protección internacional o asilo y que quedan recogidos por la Ley 12/2009, entre ellos los siguientes: derecho de asistencia jurídica gratuita, derecho a la conocer el contenido de su expediente en cualquier momento, derecho a ser documentado como solicitante de asilo, derecho a la atención sanitaria y derecho a que se comunique la solicitud a ACNUR (La Agencia de la ONU para los refugiados). A demás de derechos, los solicitantes también tienen obligaciones en lo que se refiere a la cooperación con las autoridades españolas en el procedimiento de concesión de la protección, presentar cuantos elementos y declaraciones sean necesaria para fundamental su solicitud (por

²⁷ Wolters Kluwer, Asilo y refugio, s.f

<https://quiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNDM2MTtbLUouLM DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhIQaptWmJOcSoAS6DrNTUAAAA=WKE>
[Consulta: viernes 21 de febrero de 2020]

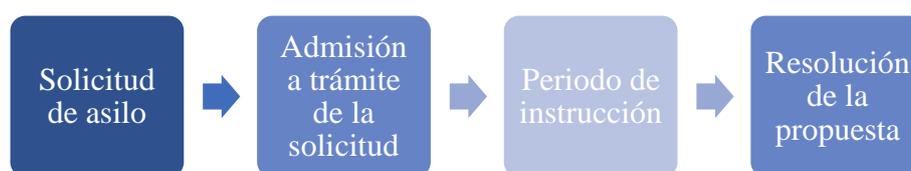
²⁸ ACNUR, Solicitantes de asilo, s.f <https://www.acnur.org/solicitantes-de-asilo.html> [Consulta: 9 de marzo de 2020]

ejemplo, documento de identidad, edad, nacionalidad, etc.), permitir que se tomen sus huellas dactilares y se les tomen fotografías, así como que sus declaraciones sean grabadas (siempre que se les haya informado previamente); comparecer ante la autoridad competente cuando se le requiera en lo relativo a la solicitud, e informar sobre su domicilio en España y los cambios que en éste aspecto se produzcan²⁹.

La solicitud de asilo en España puede presentarse en determinados puestos fronterizos habilitados para ellos, en oficinas de extranjeros, en la OAR (Oficina de Asilo y Refugio) o en las comisarías de policía autorizadas³⁰.

Actualmente en España nos enfrentamos al problema de la creciente cantidad de solicitudes de asilo debido, principalmente, a la guerra de Siria. Los ciudadanos sirios llegan a nuestro territorio solicitando protección internacional y nuestras infraestructuras parecen insuficientes para el actual volumen de expedientes. Para lograr la mejora en la coordinación de los distintos órganos que intervienen en el proceso de concesión, serían, como bien explica la Defensoría del Pueblo en un estudio sobre el asilo en España que publicó en 2016, son necesarias las reformas sobre la dependencia funcional y orgánica³¹.

A continuación, realizaremos un análisis breve de las etapas del procedimiento de concesión o denegación del asilo que se encuentran legalmente estipuladas en nuestro sistema. La Defensoría del Pueblo³² recoge un análisis de estas etapas, que, junto con el análisis de la ley 12/2009 de 30 de octubre que realiza la Comisión de Ayuda al Refugiado³³ al respecto, nos permite obtener las siguientes conclusiones:



Esquema de las distintas etapas en el procedimiento legal de solicitud de asilo en España.

Fuente: elaboración propia

²⁹ Boletín oficial del Estado, núm. 263, de 31 de octubre de 2009.

³⁰ ACNUR, El asilo en España, s.f. <https://www.acnur.org/es-es/el-asilo-en-espana.html> [Consulta: viernes, 21 de febrero de 2020]

³¹ Defensor del Pueblo. "El asilo en España, La protección internacional y los recursos del sistema de acogida". Madrid: Defensor del Pueblo, 2016.

³² Defensor del Pueblo, *op.cit.*, nota 31, pp. 29-40.

³³ CEAR, Comisión de Ayuda al refugiado, Diccionario de Asilo, s.f. <https://diccionario.cear-euskadi.org/procedimiento-de-asilo/> [Consulta: viernes, 28 de febrero de 2020]

Así, en primer lugar, el extranjero contará con un mes desde que entra en el territorio español para presentar la correspondiente solicitud de asilo, ya sea en las oficinas de extranjería, jefaturas provinciales de la Policía Nacional o ante la Oficina de Asilo y Refugio³⁴. Tal solicitud consiste en la realización de un formulario y una entrevista personal y para su formalización se requerirá en todo momento la presencia de un funcionario, ya sea el cuerpo de policía o perteneciente a la OAR. La persona en cuestión, que contará con asistencia letrada de oficio y con un traductor, deberá exponer los motivos por los que considera fundado su temor a la persecución en el país del que procede. En estos casos, los documentos o testimonios que los individuos aportan no siempre son fácilmente comprobables o tienen una validez oficial, por lo que será fundamental el análisis de las circunstancias del país del que proceden, a fin de determinar si realmente existe riesgo real para esa persona. En este sentido, ACNUR se encarga de proporcionar información a los instructores sobre la situación social o política de los países de que provienen los solicitantes de protección internacional. La entrevista es un procedimiento de gran relevancia y ACNUR recomienda que los entrevistadores reciban una formación especializada al respecto. La Directa 2013/32 de 26 de junio de Procedimientos, establece en un artículo 15.3.a) la necesidad de que el entrevistador tenga en cuenta las circunstancias personales del solicitante, teniendo en cuenta las cuestiones que puedan ponerlo en una especial situación de vulnerabilidad, como su sexo u orientación sexual. Una vez solicitado el asilo, la posible extradición o devolución de la persona solicitante quedará en suspenso hasta que se produzca la resolución firme y tendrá derecho a permanecer en España mientras tanto.

Durante el procedimiento de formalización de la solicitud, la asistencia por parte del letrado de oficio no debe ser pasiva en ningún caso, sino que el mismo podrá intervenir en la entrevista y realizar preguntas aclaratorias³⁵.

La Directiva 2013/32 de 26 de junio, recoge en su artículo 12, la obligación que tienen los Estados miembros de garantizar que los solicitantes de asilo reciban la información acerca del proceso, en una lengua que entiendan. Esta información no solamente se refiere a los derechos y obligaciones que tiene el individuo durante el proceso, sino que también habrá de informarle acerca de los mecanismos y vías de impugnación en caso de que su

³⁴ ACNUR & Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. *“Guía de Actuación en la asistencia jurídica de solicitantes de protección internacional”*. Madrid: Delegación de ACNUR, 2011.

³⁵ ACNUR & Ilustre Colegio de Abogados de Madrid., *op.cit.*, nota 34, p. 9.

solicitud sea desestimada. ACNUR considera que será necesario un intérprete para garantizar un procedimiento justo en este sentido.

Como vemos, la intervención de ACNUR en el procedimiento busca proteger los derechos e intereses de los solicitantes y, de este modo, la Ley 12/2009 establece la obligación por parte de la administración de trasladar a dicho comisionado las solicitudes que se presenten, además de otras cuestiones como el derecho a estar presente en las audiencias de los interesados y a presentar informes para incluirlos en el expediente. No obstante, tales informes no son vinculantes.

A modo aclaratorio, la OAR es el órgano encargado de tramitar todas las solicitudes de asilo que se producen en el territorio español. Como bien explica la Defensoría del Pueblo³⁶, actualmente se encuentra integrada por tres trabajadores sociales, aunque se espera ampliar hasta seis la cifra.

En según lugar, una vez se haya formalizado la solicitud, ésta se enviará a la OAR (si no se hubiera formalizado aquí inicialmente), la cual cuenta con el periodo de un mes para comprobar las cuestiones formales de la misma a contar desde la fecha de solicitud, el silencio se tomará por positivo en este caso. Es posible en esta fase, que se produzca la inadmisión a trámite de la petición, en cuyo caso será el Ministerio del Interior, a propuesta de la OAR quien emita tal resolución. Esto solamente es posible si se aprecia una falta de competencia para examinar las solicitudes o bien faltan requisitos indispensables en las mismas. En caso de inadmisión, el extranjero podrá acudir a la vía administrativa de reposición y/o bien podrá interponer un recurso por vía contencioso administrativo. Durante el mes de análisis de la forma, la persona solicitante contará con una documentación provisional.

En tercer lugar y, solamente en caso de admisión a trámite de la solicitud, comenzará un periodo de instrucción orientado a estudiar las cuestiones de fondo por las que se solicita el asilo. Este periodo tiene una duración de seis meses, aunque debido a la sobrecarga de solicitudes en la práctica se extiende más tiempo. Durante la instrucción, el solicitante tendrá una nueva documentación, “la tarjeta roja”. Según el mencionado estudio de la Defensoría del Pueblo en enero de 2016 se contrataron unos sesenta instructores a los cuales no se les exige una formación específica en derechos humanos ni en protección internacional. En febrero del mismo año, se constató que el número de expedientes

³⁶ Defensor del Pueblo, *op.cit.*, nota 31, p. 27.

asignado a cada uno de los instructores era de aproximadamente 150 y que la duración de la instrucción de los procedimientos duraba de media un año y medio³⁷.

Por último, encontramos la fase de la resolución. En este caso, será la CIAR (Comisión Interministerial de Asilo y Refugio), la que, una vez elevada la solicitud por parte de la OAR, formulará la propuesta de resolución al Ministerio del Interior. La resolución podrá consistir en diferentes tipos de protección o incluso en la denegación de la misma; siendo estas modalidades las de Concesión del Estatuto del Refugiado, concesión de la Protección subsidiaria o bien una simple autorización de residencia conforme a lo estipulado por la Ley de Extranjería³⁸. Por tanto, la última palabra a cerca de la concesión de protección al individuo, la tendrá la CIAR y el Ministerio del Interior se limitará a firmar tal decisión. El análisis del fondo debe realizarse en un periodo máximo de seis meses, pues una vez hayan transcurrido los mismo sin notificación de la resolución, se dará por desestimada la solicitud. En la resolución habrá de advertirse la obligación del individuo de abandonar el territorio español en quince días, en caso de que no se le conceda la protección internacional y el mismo carezca de autorización para permanecer en España por razones humanitarias.

A modo de conclusión, terminamos con una serie de datos proporcionados por Eurostat y analizados por la Comisión Española de Ayuda al Refugiado³⁹: así, en 2018 se formalizaron 5.465 solicitudes de asilo, lo que supone un aumento de casi el 80% con respecto al año 2017, siendo Siria, Afganistán y Sudán del Sur los países que en 2017 registraron una mayor cifra de éxodo. En lo que se refiere a solicitudes de asilo España se sitúa como el cuarto país de mayor afluencia de la Unión Europea, únicamente por detrás de Alemania, Francia y Grecia.

³⁷ Defensor del Pueblo., *op.cit.*, nota 31, p. 27.

³⁸ Boletín oficial del Estado, núm. 10, de 12 de enero de 2000.

³⁹ CEAR, Comisión Española de Ayuda al Refugiado. *"Las personas refugiadas en España y Europa"*. Madrid: Oficinas Centrales de CEAR, 2019, pp. 20-59.

3. Concepto del principio de *non refoulement*

La Organización Internacional para las Migraciones⁴⁰ expone el concepto y líneas generales del principio de no devolución o de *non refoulement*. De acuerdo con dicha Organización, puede definirse este principio como una prohibición de devolver a los refugiados, por parte de los Estados a los que huyen, a los mismos países o territorios de donde procedan y en los cuales su vida o libertad se encuentren amenazadas. Este principio se encuentra fuertemente relacionado con la prohibición de torturas y tratos inhumanos, que se recoge en la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y se deriva de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que en su artículo cinco establece que: “*Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes*”.

El principio de no devolución aplica tanto a solicitantes de asilo como a refugiados, la devolución de ambos a un lugar donde se encuentren en riesgo de persecución implica la ruptura de tal principio, así lo exponen Guys. S. Goodwin Gill y Jane Mc Adam⁴¹.

Según Cristina J. Gortázar Rotaache⁴² el principio de no devolución tiene carácter de principio general del Derecho Internacional, pero además constituye una costumbre internacional en la medida en que es una práctica generalizada. Pero es que, además de ser un principio general o una norma consuetudinaria, la autora considera el principio como una norma *Ius cogens*, por lo tanto, la consecuencia de una norma contradictoria a dicha norma es la nulidad de la misma.

El principio de no devolución aplica a todos los países de la comunidad internacional, pudiendo considerarse una norma de *Ius Cogens*. Según el mencionado informe⁴³, de este principio no solamente se benefician, por tanto, los ciudadanos de los Estados miembros, sino todas las personas independientemente de su nacionalidad, de si son refugiados, migrantes o solicitantes de asilo; es decir, que la protección que brinda el principio de *non refoulement* no está relacionada al mantenimiento o la concesión del Estatuto de

⁴⁰ IOM, International Organization for Migration. “*International Migration Law, The principle of Non-Refoulement*”. Ginebra: IOM, 2014.

⁴¹ Goodwin-Gill, G.S., McAdam, J., *The Refugee in International Law*, Nueva York, III edición, Oxford, 2012, pp. 232-233.

⁴² Gortázar Rotaache, C.J., *Derecho de Asilo y "No rechazo" del refugiado*, Madrid, Universidad Pontificia Comillas, 1997, pp. 319-323.

⁴³ IOM, International Organization for Migration., *op.cit.*, nota 40, p. 3.

refugiado en los Estados territoriales. A modo de conclusión, la obligación de non refoulement vincula a los Estados independientemente de que estos sean parte del Convenio de Ginebra del año 51 o de otros convenios que tengan un ámbito de aplicación menor que la misma.

A pesar de tratarse de una norma de derecho consuetudinario, El principio de no devolución queda materializado en el artículo 33 de la Convención de Ginebra de 1951, que dice así:

- 1. Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas.*
- 2. Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país.*

De este modo, y como veníamos diciendo, la Agencia de la ONU para los Refugiados se pronuncia con respecto a la aplicación de este artículo, declarando que⁴⁴:

El artículo 33 se aplica a los refugiados sin importar si han sido reconocidos formalmente como tales, así como a los solicitantes de asilo. En el caso de los solicitantes de asilo, este se aplica hasta el punto en que su condición se determine definitivamente por medio de un procedimiento justo.

No obstante, parece que, en principio, no habrá problema para que los Estados devuelvan a los refugiados a sus países de origen mientras no exista un ‘riesgo real’ de ser perseguidos, pero cuando ese riesgo exista no será posible esa devolución (aunque existen algunas excepciones que veremos más adelante) y habrá el Estado Territorial de admitir al refugiado.

De esta manera, El art. 3 de la Convención Contra la Tortura del año 1984 se refiere al principio de no devolución en relación con el riesgo o peligro de ser sometido a tortura y dice así:

- 1. Ningún estado parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura.*

⁴⁴ El principio de no-devolución, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) y el Centro Lauterpacht de Investigaciones sobre Derecho Internacional, 9-10 de julio de 2001.

2. A los efectos de determinar si existen esas razones, las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, inclusive, cuando proceda, la existencia en el estado de que se trate de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos.

A estos efectos, el Comité contra la Tortura, defiende que este riesgo al que nos referimos, no requiere una probabilidad alta de materializarse, pero sí que debe de ir más allá de la mera sospecha. Además, se trata de un riesgo personal que se daría en caso de producirse la devolución y para apreciar su existencia habrá que analizar la historia personal del individuo; a pesar de que el comité entiende que puede contener inconsistencias. Para determinar la existencia de un riesgo personal se tienen que tener en cuenta factores como la filiación política, la orientación sexual, la orientación religiosa del individuo, etc. Y el momento de apreciar este riesgo será siempre en el momento de la devolución, *ex tunc*⁴⁵.

Hay que recalcar que es el propio solicitante el que tiene la carga de la prueba y debe demostrar, de la forma más fehaciente posible, el riesgo al que estaría expuesto de volver al Estado del que procede. Luego el Estado territorial tendrá que verificar la información que le ha sido provista. No obstante, el individuo debe gozar, según el comité, del beneficio de la duda en caso de que las alegaciones no resulten suficientes, precisamente porque se trata de evitar la tortura.

Es necesario remarcar, que el principio de no devolución no aplica solamente a aquellos refugiados cuyo status haya sido formalmente reconocido. Según ACNUR⁴⁶ la determinación de la condición de refugiado es meramente declarativa, en el sentido de que las personas no son refugiadas porque se las haya reconocido como tal, sino que lo son de facto antes de ser reconocidas. Consecuentemente, el mencionado principio no aplica exclusivamente a los refugiados reconocidos por procedimientos legales, pues si esto fuera así, supondría que no hay protección para las personas que han abandonado su país de origen y que todavía no han tenido la oportunidad de entrar en el Estado Territorial.

⁴⁵ Non-refoulement: Achievements and Challenges, World Organization Against Torture (OMTC), s.f

⁴⁶ ACNUR, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, *Manual sobre procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado y Directrices sobre protección internacional en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, Reedición, Ginebra, 2019, disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org/docid/5cb474b27.html> [Consulta: 12 de marzo de 2020]

No obstante, ACNUR también recalca que el art.33 no puede invocarse por personas que todavía no han abandonado su país de origen y, que como bien explica el artículo 1 de la convención de Ginebra del año 51, los refugiados solamente pueden ser personas que han abandonado su país de nacionalidad.

La finalidad o la obligación que encierra el artículo 33 es, al fin y al cabo, la de evitar ciertas consecuencias, que vendrían a ser la materialización del riesgo al que estaban expuestos los inmigrantes en el país del que huyen, independientemente de las acciones que tome el Estado, en el sentido de actúe de forma activa o pasiva ante esa posibilidad y en lo que a devolución respecta.

Es decir, no por poner en riesgo a esas personas de forma “indirecta” se está dejando de incumplir el principio de no devolución. Ejemplo de estas actuaciones indirectas, podría ser la coacción ejercida por el Estado territorial para que los migrantes abandonen el mismo de forma voluntaria. También se estaría infringiendo el art.33 si se niega la tramitación de la solicitud de asilo a un refugiado, sabiendo que esto puede implicar que sea devuelto por presencia ilegal en el Estado territorial. También consideramos que se está infringiendo la obligación que recoge el artículo 33 cuando un Estado crea fraudulentamente procesos para desentenderse de la llegada de los refugiados a su territorio, como por ejemplo destaca el caso de una “zona internacional” creada por Francia que según nos explica CEAR, funciona de la siguiente manera:

En Francia, existe un procedimiento legal para que aquellas personas que llegan al país a través de puertos, estaciones o aeropuertos internacionales y sin documentación de viaje sean emplazadas a zonas de espera durante el examen de su admisibilidad (lo cual puede tomar entre cuatro y veinte días), privándolas de libertad y de información de la posibilidad de solicitar la admisión por la vía del asilo. En estas zonas de espera los migrantes carecen de asistencia jurídica gratuita y tampoco un servicio de intérprete permanente y gratuito. Si la solicitud es considerada inadmisibile en la frontera, el ministro del Interior no permitirá la entrada en el territorio del individuo, el cual podrá interponer recurso en las 48h siguientes. Si el recurso es rechazado, la persona puede ser expulsada a su país de origen, habiéndose seguido los cauces de la legislación francesa⁴⁷.

⁴⁷ CEAR, Comisión Española de Ayuda al refugiado. *“Francia, las Grietas del refugio en Europa”*. Madrid: CEAR, 2018, pp. 11-12.

El principio aplica también de forma extraterritorial, es decir, que existe la prohibición de devolver al individuo al lugar en el que su vida y derechos fundamentales se encuentran amenazados para las instituciones del Estado territorial correspondiente que actúen en zonas extraterritoriales, como por ejemplo las aguas internacionales, para evitar que los migrantes lleguen a sus costas⁴⁸. Es decir, que cuando el Estado actúa a través de sus agentes y fuera de su propio territorio y ejerciendo control sobre los migrantes o posibles futuros solicitantes de asilo, también aplica el principio de no devolución. En este aspecto encontramos diferentes puntos de vista, pues hay Estados que han logrado justificar estas prácticas defendiendo que no se puede hablar de devolución o de expulsión cuando el extranjero no ha llegado a entrar en un Estado, por ejemplo, la Corte Suprema de los Estados Unidos. Sin embargo, no tiene sentido pensar que los derechos humanos puedan aplicarse solamente dentro de los Estados, pues quedaría su esencia desvirtuada, por lo que a obligación del art.33 aplica a los que hayan llevado a cabo devoluciones efectivas de facto fuera de su territorio también, como la intercepción militar en aguas internacionales. Así lo ha considerado la Corte Inglesa de apelación, que considera este tipo de políticas impermisibles⁴⁹.

La teoría es una cosa y la práctica constituye una realidad muy diferente, pues los Estados se las ingenian para evitar la aplicación del principio de no devolución. Así, como explica James C. Hathaway⁵⁰, encontramos diferentes políticas de devolución de refugiados que los Estados han ido empleando de forma ilegal a lo largo de la historia. Estas prácticas pueden ser menos o más evidentes, como en el caso del gobierno pakistaní cerrando sus fronteras en noviembre del año 2000 a los refugiados afganos⁵¹.

No obstante, hay políticas de devolución que no consisten en cerrar las fronteras de forma efectiva, sino que lo que intentan es coaccionar al extranjero para que abandone un país de forma voluntaria. Un ejemplo de esto lo tenemos en Australia, que sobornaba a las familias con una cantidad de dinero para que abandonaran el país, bajo la advertencia de que tarde o temprano tendrían que abandonar Australia igualmente⁵². Esta forma de

⁴⁸ IOM, International Organization for Migration., *op.cit.*, nota 40, p. 4.

⁴⁹ James C.Hathaway, *The rights of refugees under international law*, Michigan, Cambridge University Press, 2005, p. 339.

⁵⁰ James c. Hathaway., *op. cit.*, nota 49, p. 279-363.

⁵¹ Kintto, L. *Estados Unidos en guerra, del miedo a la libertad vigilada*, Quito, edición primera, Abya-Yala, 2001, p. 97.

⁵² Cave, D., Diario de la desesperación: los días en los centros de detención extraterritoriales de Australia, The New York Times, 2019, <https://www.nytimes.com/es/2019/06/30/espanol/detencion-extraterritorial-australia.html> [Consulta: viernes, 7 de febrero de 2020].

coacción se ha llevado a cabo en más ocasiones e implica actuaciones como reducir las raciones de comida a los refugiados, los servicios sanitarios, realojarlos en campos con peores alojamientos y condiciones, etc.

Hay ocasiones en las que, en lugar de llevar a cabo políticas de devolución en sentido estricto, lo que hacen los Estados es adoptar políticas de *non entrée*, es decir, que buscan formas de evitar que los refugiados puedan entrar en el territorio y de este modo solicitar la protección internacional o asilo dentro de sus fronteras. Este tipo de políticas generalmente se hace utilizando normas legales. Un clásico en este sentido es, por ejemplo, la exigencia de un visado que los refugiados necesitarían antes de poder embarcar en el avión que se dirige al país en cuestión.

Otra política ilegal más que hay que mencionar consiste en que los Estados territoriales determinen, de forma genérica, que no existe riesgo para los nacionales de un determinado Estado de origen y por tanto los mismos no son merecedores de una protección de asilo; pues, como mencionábamos antes y establece el Comité contra la Tortura, el riesgo al que aplica el principio de no devolución es individualizado. Además, el país de origen solamente debe ser considerado como seguro cuando no se aprecia persecución alguna a los nacionales del mismo en los términos de la directiva 201/95/UE (Directiva de Reconocimiento) y no hay riesgo de tortura o tratos inhumanos o degradantes. Los Estados territoriales son los que, en el procedimiento de concesión del asilo, deberán tener en cuenta las condiciones de éste primer país y las alegaciones de los solicitantes para determinar si el mismo es seguro o no. Esta práctica se ha llevado a cabo por España, que exige un visado de tránsito a los migrantes para poder solicitar la protección internacional en nuestro país⁵³.

3.1 El rechazo indirecto de los refugiados y la expulsión a otros territorios

Afirma la Corte Europea de Derechos Humanos, que la "devolución indirecta" está prohibida por los artículos 2 y 3 del Convenio de Ginebra del año 51⁵⁴. Este término,

⁵³ CEAR, Comisión Española de Ayuda al refugiado, España comienza el año exigiendo visado de tránsito a las personas de Yemen, 2020, <https://www.cear.es/visado-transito-yemen/> [Consulta: domingo 8 de marzo de 2020]

⁵⁴ IOM, International Organization for Migration., *op.cit.*, nota 40, p. 2.

como explicábamos antes, se refiere a aquellos casos en los que un Estado expulsa a los migrantes hacia otro Estado sin examinar su situación personal o la de tal segundo Estado, lo cual conlleva a exponer a los mismos al riesgo de que se violen sus derechos fundamentales o bien se les devuelva a su Estado de origen infringiendo el principio de no devolución

De este modo, nos estamos refiriendo a otro mecanismo de *non entrée* (que mencionábamos anteriormente) y que se pone en práctica con base en el concepto de “tercer país seguro”. El procedimiento a que se refiere el término "tercer país seguro" hace referencia a aquellos casos en los que, mediante un tratado internacional un Estado puede negarse a tramitar solicitudes de asilo de migrantes y reenviarlas, para su tramitación, a otro Estado que es considerado seguro, en el sentido de que en éste tercer Estado se respetan los derechos y libertades fundamentales del migrante y se garantiza el cumplimiento del principio de no devolución⁵⁵. Sin embargo, no siempre se respeta el mencionado principio en el tercer estado de reenvío, en cuyo caso nos encontraríamos ante lo que se conoce por el término de devolución indirecta.

Es decir, para que el tercer Estado pueda ser considerado como seguro, debería de poder, el refugiado, presentar su solicitud de asilo en el mismo y debe estar claro que no se le va a exponer a persecución, riesgo, torturas o la propia devolución; es decir, que ese tercer país no sea proclive a incumplir el principio de *non refoulement*. Si no se cumpliera con todos estos requerimientos, el Estado de “asilo original”, es decir, aquel en que el individuo quiso tramitar su solicitud de asilo originalmente, estaría violando el principio de no devolución de una forma indirecta, pero igualmente ilícita.

Esto también aplica en el marco del Reglamento de Dublín en la Unión Europea, de tal forma que si un Estado Europeo expulsa a un migrante hacia otro Estado europeo también hay que verificar que ese Estado ofrezca garantías con respecto a la aplicación del principio de no devolución.

⁵⁵ CEAR, Comisión de Ayuda al Refugiado, Diccionario de asilo, <https://diccionario.ceareuskadi.org/tercer-pais-seguro/> [Consulta: jueves, 08 de septiembre de 2005]

Un informe de ACNUR⁵⁶ nos habla sobre la alternativa de la recolocación interna y más concretamente sobre las condiciones que deben concurrir al llevarse a cabo, para evitar que se infrinja por parte de los Estados el referido principio.

Una alternativa de recolocación interna, se refiere, como su nombre indica, a aquellos casos en los que se verifica que es posible que el refugiado encuentre protección dentro de las fronteras del mismo país en el que sufría persecución, pero una zona segura y diferente de la que huyó.

En este sentido, hay que apuntar que en Derecho Internacional no es necesario que se agoten los procedimientos internos de un país antes de solicitar el asilo internacional, es decir, no hay una especie de subsidiariedad del mismo y hay que recordar que todo el mundo tiene derecho a abandonar su propio país y buscar asilo⁵⁷. No obstante, el considerar la alternativa de reubicación interna de un refugiado conlleva una serie de cuestiones, como que la carga de la prueba de que ese lugar es lícito, para llevarse a cabo, recaiga sobre quien invoca la posibilidad y que habrán de analizarse tanto las condiciones personales del solicitante individual (salud, ideología, religión, etc.), como las del país que alberga la zona de reubicación y las de la propia zona de reubicación para determinar si existe o no riesgo para el individuo.

En la zona interna del país deben de cumplirse una serie de requisitos: en primer lugar, que el individuo pueda llevar ahí una vida normal y fuera de peligro. Para poder saber si una zona se cumplen los requisitos, ACNUR prepara un test de viabilidad que consiste en dos etapas: un análisis de pertinencia, dónde habrá que tener en cuenta cuestiones como si la persecución de la que huía el refugiado venía instada por parte del Estado, en cuyo caso se entiende que no hay zona en el país a la que no se extienda esa potestad, o si por el contrario provenía de órganos no estatales, en cuyo caso cabría la posibilidad de que una determinada zona fuera segura.

También habrá que hacer un análisis de razonabilidad, para responder a la pregunta de si realmente el refugiado podrá llevar en ese lugar una vida normal.

⁵⁶ ACNUR, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. *Directrices sobre protección internacional: La "alternativa de huida interna o reubicación" en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención de 1951 o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*. ACNUR: 2003, PP. 4-5.

⁵⁷ Boletín oficial del Estado, núm. 243, de 10 de octubre de 1979.

Si las mencionadas valoraciones no se llevaran a cabo de forma correcta podría producirse una violación del principio de no devolución. El solicitante deberá en todo caso gozar de seguridad y no encontrarse en peligro de sufrir daños o lesiones, además de que este estado debe ser duradero⁵⁸.

Otra cuestión que merece mención en el ámbito del principio de no devolución, son las garantías diplomáticas. Amnistía Internacional⁵⁹ define estas garantías diplomáticas como un medio de asegurar, por parte de los Estados que practican traslados de personas en el plano internacional, que van a recibir un trato humano en el lugar al que se las envía o devuelve. Pueden ser garantías individuales o colectivas, se construyen mediante acuerdos entre los países dónde aplica y las condiciones que recogen pueden variar (por ejemplo, si incluyen vigilancia de funcionarios del país de origen o no).

El Comité contra la Tortura⁶⁰ no está convencido de la efectividad del uso de garantías diplomáticas, por parte de los estados que llevan a cabo reenvíos o son devueltos a otro Estado. El Comité defiende que generalmente aquellos países que ya de por sí aplican la tortura, son aquellos que suelen expedir estos seguros diplomáticos.

Las garantías diplomáticas no son jurídicamente vinculantes, por lo que su incumplimiento carece de efectos jurídicos y la persona a la que las garantías pretenden proteger no puede recurrir si se violan en la mayoría de los casos. El Comité continúa su explicación exponiendo algunos ejemplos de garantías diplomáticas que ha resultado ineficaces por completo: así, en 2002, Estados Unidos devolvió a un ciudadano canadiense-sirio (Maher Arar) con doble nacionalidad acusado de terrorismo, sobre la base de una de estas garantías y el mismo fue torturado en cuanto regresó a Siria.

Lo que propone el Comité a estos efectos es tener en cuenta una serie de cuestiones antes de confiar en la efectividad de las garantías diplomáticas, para predecir su viabilidad en la medida de lo posible. Algunos de los factores a tener en cuenta son, por ejemplo, si la garantía diplomática incluye procedimientos de seguimiento, si el país que la expide cuenta con mecanismo contra la tortura y las violaciones de los derechos humanos o si

⁵⁸ ACNUR, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados., *opt.cit.*, nota 55, pp. 4-5.

⁵⁹ Amnistía Internacional, "Garantías diplomáticas": Ausencia de protección contra la tortura y los malos tratos, 2005, <https://www.amnesty.org/download/Documents/80000/act400212005es.pdf> [Consulta: miércoles, 5 de febrero de 2020]

⁶⁰ World Organization Against Torture, *opt. cit.*, nota 45, pp.7-9

existen mecanismos internos de revisión judicial para examinar las garantías diplomáticas.

3.2 Excepciones al principio de non refoulement

Con respecto a las excepciones al principio de non refoulement es claro que en el art.33.2 de la Convención de Ginebra se recogen las mismas:

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

Como vemos, el apartado dos de este artículo se refiere a que en aquellos casos en los que el refugiado o solicitante de asilo suponga una amenaza para la seguridad del Estado o haya sido condenado por un “delito especialmente grave” (término que analizaremos más adelante), cabe la posibilidad de que el Estado territorial lo devuelva a su Estado de origen sin que esto suponga una violación al principio de no devolución.

Sin embargo, es necesario mencionar que existe un conflicto entre lo establecido por la Convención de Ginebra del año 51 y lo que establece la Convención contra la Tortura del año 1984, que cómo decíamos se encuentran muy relacionada. Así pues, el Comité contra la Tortura nos explica que el principio de no devolución ha de considerarse absoluto y por tanto no caben excepciones al mismo, ni siquiera cuando el migrante suponga una amenaza para el Estado territorial o cuando haya cometido un crimen. La base de la propuesta de la Convención contra la Tortura se encuentra en el planteamiento de que el hecho de que una persona cometa un delito no es justificación para violar sus derechos humanos, en tanto en cuanto tal individuo se encuentre en riesgo de ser torturado en el país de origen. Por tanto, el principio debe aplicar incluso por encima de la extradición⁶¹.

⁶¹ World Organization Against Torture, opt. cit., nota 45, pp. 11-12.

ACNUR⁶², aúna ambas posturas de una forma muy sencilla: caben excepciones al principio de non refoulement, pero estas han de aplicarse de una forma muy restrictiva y como último recurso, excepto que exista riesgo de tortura o de tratos inhumano o degradantes, en cuyo caso será ilícita la devolución del migrante a su Estado de origen, pues no se admitirá excepción alguna al principio.

3.3 Los derechos incluidos en el principio no devolución

Hay una serie de derechos que quedan incluidos en el ámbito de la prohibición de devolución del art.33 de la Convención de Ginebra, los mismos vienen analizados por la IOM⁶³.

Como veníamos diciendo a lo largo de este capítulo, la prohibición de tortura y de tratos inhumanos está fuertemente relacionada con el principio de no devolución, en el sentido de que no podrán los Estados devolver a su Estado de origen a un refugiado o a un solicitante de asilo del que se tenga fundamentos suficientes para pensar que se encontraría en riesgo de tortura de regresar al mismo. En este sentido, la prohibición de no tortura se encuentra incluso por encima de las excepciones del principio de no devolución de modo que las mismas no rigen cuándo existe riesgo de tortura para el individuo, independientemente de que sea un criminal.

Cuando hablamos de tortura, entendemos que se trata de un trato cruel que ocasiona sufrimiento a una persona de forma deliberada. Por otro lado, los tratos inhumanos o degradantes se refieren a casos en los que se genera en el individuo angustia y humillación, hasta el punto de romper su fortaleza psicológica.

El derecho a la vida también se encuentra relacionado con el principio de no devolución, ya que el mismo se extiende a aquellos casos en los que el individuo sufre riesgo su vida en caso de regresar al país de origen y no solamente por una posible pena de muerte, sino también por actuaciones que no provengan de los cuerpos oficiales del Estado, como grupos políticos organizados, etc.

⁶² ACNUR, Alto Comisionado de las Naciones Unidas Para los refugiados. *El principio de no devolución*. Cambridge: Consultas Globales Sobre la Protección internacional, 2001, Anexo III, p. 1.

⁶³ IOM, International Organization for Migration., *op.cit.*, nota 40, pp. 6-8.

En este aspecto que basta con que exista un riesgo real de pena de muerte en el Estado de origen, es decir, si en el Estado de origen lo habitual es penar con la muerte determinadas circunstancias que recaigan sobre la persona del refugiado, no ha de plantearse la devolución del mismo como una opción.

En cuanto al riesgo de esclavitud o trabajos forzados, también recae la prohibición de devolución cuando existe dicho riesgo, aunque generalmente esta prohibición se aprecia en relación a la prohibición de tratos inhumanos y degradantes.

En aquellos casos en los que en el país de origen exista un riesgo de "negación flagrante al derecho de defensa", tampoco es lícita la devolución del refugiado en base al artículo 33 de la Convención de Ginebra. Esto generalmente conlleva actuaciones por parte del Estado de origen, como negar sistemáticamente el acceso a los servicios de un abogado.

Por último, tampoco podrá devolverse a un migrante a un país dónde este se encuentre en peligro de "desaparición forzada". Según Amnistía Internacional⁶⁴, el término "desaparición forzada" se refiere a aquellos casos en los que una persona desaparece de su comunidad, familia debido a que agentes estatales (o no estatales, pero que cuentan con el consentimiento del Estado) detienen a esa persona y la ocultan. Se trata de un delito de Derecho Internacional y en la mayoría de los casos nunca llega a conocerse el paradero de la víctima ni si continúa con vida.

3.4 El concepto de riesgo y el principio de no devolución

Como veníamos diciendo, el apartado dos del artículo 33 de la Convención de Ginebra de 1951 se refiere a que en aquellos casos en los que el refugiado o solicitante de asilo suponga una amenaza para la seguridad del Estado o haya sido condenado por un "delito especialmente grave".

Para enjuiciar si un delito es grave no acudimos a las normas locales sino a las internacionales, de este modo habrá que valorar factores como el daño provocado o la naturaleza de la pena y si la mayoría de los países o jurisdicciones consideran el mismo delito como tal. Así, la violación o el asesinato serían considerados como delitos graves.

⁶⁴ Amnistía Internacional, Desapariciones forzadas, s.f, <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/temas/desapariciones-forzadas/> [Consulta: jueves, 30 enero 2020]

Este delito grave además será común cuando el delito no está influenciado por motivos políticos o bien es desproporcional en cuanto a los mismos; es decir, que los motivos serán otros como personales.

Por último, el delito en cuestión debe de haberse cometido fuera del país de refugio, antes de que el delincuente fuera admitido como refugiado.

Los autores Guy S. Goodwin-Gill y Jane Mc Adam⁶⁵ haciendo referencia a Lauterpacht y Bethlehem, exponen la idea de que los Estados tienen límites a la hora de apreciar cuando un refugiado constituye una amenaza para los mismos. En primer lugar, recae sobre el Estado la carga de demostrar porque considera que ese individuo es peligroso para el país y segundo, los límites que permiten traspasar el principio recogido en el artículo 33 de la Convención han de ser muy elevados, es decir, debe de tratarse de una amenaza de riesgo serio y grave.

Como bien expone el autor, lo cierto es que los términos utilizados por el artículo 33 que dicen “crimen particularmente grave”, resultan ambiguos y difíciles de interpretar. Es por esto, por lo que Lauterpacht y Bethlehem consideran más útil medir la peligrosidad del sujeto que el grado de gravedad del crimen que éste ha cometido, riesgo que además ha de medirse con respecto a la comunidad⁶⁶. De este modo, los mismos autores consideran que hay una serie de cuestiones a tener en cuenta a la hora de medir la amenaza que el migrante supone, como, por ejemplo, si realmente el riesgo para la comunidad queda eliminado por completo al devolver al individuo o si simplemente se alivia, la naturaleza de dicho daño o si cabe otra vía antes que la devolución, por ejemplo, el reenvío a un tercer país seguro.

Esto tiene sentido si consideramos que las condiciones en las que se vive en algunos de los países de origen de los refugiados, es decir, no es lo mismo cometer un asesinato en tiempo de guerra para proteger la propia vida, que cometer tal delito en Madrid mientras se pasea por la calle. Es complicado, entre países más y menos desarrollados establecer una comparativa de lo que constituye un crimen grave y lo que no, nuestro baremo como Estado Europeo no puede aplicarse al mundo entero.

⁶⁵ Goodwin-Gill, G.S., McAdam, J., *op.cit.*, nota 41, p. 237.

⁶⁶ Goodwin-Gill, G.S., McAdam, J., *op.cit.*, nota 41, p. 238.

3.5 Remedios Judiciales y efecto suspensivo

La Comisión Española de Ayuda al Refugiado⁶⁷ considera que para que exista una verdadera tutela judicial efectiva, a la que tienen derecho el solicitante de asilo, la persona a la que le es denegada tal solicitud debe de tener derecho a interponer un recurso contra tal decisión a instancia nacional, es decir, ante los tribunales del Estado en el que realizó la solicitud denegada, como bien se deduce del artículo 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Además, el TEDH afirma que, si la posibilidad de interponer tal recurso no va acompañada de un efecto suspensivo de la ejecución de la resolución, es decir, si no se suspende la deportación hasta que se resuelva el recurso, se desvirtúa en sí el acceso al recurso por parte individuo.

El mencionado art.13 dice al tenor literal lo siguiente:

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.

Si la orden de devolución o extradición se ejecutara antes de la revisión efectiva del recurso, no solamente se estaría privando al individuo de sus derechos de defensa judicial efectiva, sino que también se le podría estar exponiendo a riesgos de tortura o peligro de muerte en el país de origen, lo que atenta gravemente con los artículos 2 y 3 del mismo Convenio. El Comité contra la Tortura opina lo mismo en este sentido⁶⁸.

4. Las devoluciones en caliente, concepto y problemática

Definimos el término "devolución en caliente" como una política mediante la cual los Estados llevan a cabo prácticas orientadas a evitar que los inmigrantes ilegales entren en su territorio y puedan, de este modo, iniciar la tramitación de sus solicitudes de asilo. Este tipo de actuaciones se lleva a cabo por parte de los Estados por entender éstos, algunos

⁶⁷ CEAR, CEAR reclama detener la expulsión de los solicitantes de asilo llegados a Chafarinas, s.f, <https://www.cear.es/cear-reclama-detener-la-expulsion-de-los-solicitantes-de-asilo-llegados-a-chafarinas/> [Consulta: lunes, 2 de marzo de 2020]

⁶⁸ IOM, International Organization for Migration., *op.cit.*, nota 40, p. 5.

de ellos, que las devoluciones que no se producen dentro de sus fronteras no se ven afectadas por el principio de no devolución. A continuación, analizaremos la licitud de dichas prácticas y si, efectivamente, constituyen o no una ruptura con la norma *Ius Cogens*.

Para Guys S. Goodwin-Gill y Jane Mc Adam⁶⁹. Cuando nos referimos a las aguas internas de un Estado, es claro que la soberanía del mismo sobre dichas aguas es plena, como en el resto del territorio del Estado. En este sentido, dice el art.16 de la Convención de Ginebra sobre el Territorio marítimo y la Zona Contigua que el Estado Costero podrá tomar cuantos pasos resulten necesarios para evitar el paso que no sea “inocente”, lo cual parece ser la base de justificación de las devoluciones en caliente.

También añade que las solicitudes de asilo solamente pueden hacerse después del desembarco, es por ello que los Estados deben cooperar con dicho desembarco y procurar que los migrantes sean llevados a un lugar seguro. Sin embargo, según el autor, una negación al desembarco no puede considerarse una ruptura del principio de no devolución, incluso a pesar de las consecuencias que pueda tal impedimento suponer para los migrantes⁷⁰.

Sin embargo, a la vez, él mismo reconoce que en cuanto las acciones de prevención de entrada que los Estados llevan a cabo mediante organismos pertenecientes a los mismos (guardia marina o militares), se trata de una práctica que busca dos fines: en primer lugar, mantener a los migrantes lejos de aquellos estados en los que pudieran llegar a solicitar el asilo y en segundo lugar busca evadir las obligaciones internacionales de dichos Estados con respecto a los migrantes⁷¹.

Esta segunda consideración, coincide con la de los organismos internacionales más expertos en la materia y es, sin duda, la posición más internacionalista y protectora de los derechos fundamentales.

De este modo, ACNUR considera que el art.33 de la Convención de Viena de 1951 establece la obligación de no devolver a ningún refugiado o solicitante de asilo a un país en el que corra peligro de ser perseguido o sufrir daños, lo cual aplica tanto cuando las

⁶⁹ Goodwin-Gill, G.S., McAdam, J., *op.cit.*, nota 41, pp. 270-273.

⁷⁰ Goodwin-Gill, G.S., McAdam, J., *op.cit.*, nota 41, p. 278.

⁷¹ *Ibid.*, p. 408.

devoluciones se producen en la frontera como cuándo se realizan en altamar o en territorio de otro Estado.

A demás, el término “devolución” no hay que entenderlo como una cuestión relativa al Estado territorial, sino más bien al Estado en que corre peligro el refugiado o solicitante de asilo, de modo que no puede desprenderse del mismo que su alcance se refiera a la conducta del Estado dentro de sus fronteras, sino en cualquier situación en la que de sus actuaciones se produzca la exposición del migrante a un Estado dónde corre el riesgo de ser perseguido o gravemente dañado. Cualquier práctica de este tipo es contraria al espíritu de la mencionada Convención (y a las normas pertinentes del Derecho Internacional de los derechos humanos) de protección y garantía de los derechos y libertades fundamentales de los refugiados y solicitantes, que es el baremo que el comité utiliza para interpretar los términos que puedan resultar ambiguos. Por este mismo motivo, no solamente se considera que las actuaciones extraterritoriales vulneran el art.33 de la Convención de Ginebra, sino también las omisiones en materia de devolución⁷².

A su vez la Organización Internacional Para las Migraciones considera también que la no devolución aplica, en efecto, cuando las devoluciones de llevan a cabo en la frontera o en cualquier zona marítima, incluso altamar.

Es decir, cabe la aplicación extraterritorial del principio cuándo el Estado haya llevado a cabo actos fuera de su territorio por medio de sus agentes y ejerciendo control sobre los migrantes (por ejemplo, cuando un buque militar de un Estado les recoge en altamar y los lleva a otro Estado en el que sus derechos o su vida corren peligro)⁷³.

Otra opinión a favor de esta postura es la del Comité contra la Tortura. El mismo considera que el art.3 de la Convención aplica también en aquellos casos en los que, a pesar de que la devolución no se produce dentro del territorio de un Estado, este está ejerciendo un control efectivo sobre el migrante. Considera, por tanto, que la devolución de personas antes de que entren en el territorio de un Estado, en alta mar, constituye igualmente una violación del artículo 3 de la citada convención⁷⁴.

⁷² ACNUR. *Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967*. Ginebra: ACNUR, 2007, pp. 15-17.

⁷³ IOM, International Organization for Migration., *op.cit.*, nota 40, p. 4.

⁷⁴ World Organization Against Torture, *opt. cit.*, nota 45, pp. 11-12.

En el caso de España, las devoluciones en caliente intentaron legalizarse mediante la disposición adicional décima de la LO de Extranjería 4/2000, introducida por la disposición final primera de la LO 2/2015 sobre Seguridad Ciudadana. La misma establece la posibilidad de rechazar a los inmigrantes que intentan saltar las vallas de Ceuta y Melilla. Como vemos, la disposición deja sin protección a los inmigrantes ilegales y vulnera sus derechos fundamentales, como, por ejemplo, la tutela judicial efectiva, el tribunal de Estrasburgo ya condenó a España por la devolución en caliente, en 2013, de un de dos jóvenes procedentes de Costa de Marfil y de Bali. Las personas entran de forma ilegal a nuestro país principalmente por dos lugares: *Western African Route* y *Western mediterranean route*, es decir, por las Islas Canarias o bien saltando la valla que separa España (Melilla) de Marruecos⁷⁵.

Del mismo modo, otros países como Australia y EEUU han llevado a cabo prácticas de intercepción, consistentes en utilizar la guardia costera o los botes de la armada para evitar que la llegada a su territorio de barcos que llevan migrantes⁷⁶.

A nuestro modo de ver, las devoluciones en caliente han de entenderse desde el plano internacionalista y no desde el nacionalista, la protección de los derechos humanos beneficia a toda la comunidad, en el sentido de que tal vez hoy Europa y EEUU sean las áreas a las que los refugiados acuden buscando protección, pero ¿Quién nos dice que en un futuro no vayamos a necesitarla nosotros?

A demás, es evidente que no tiene sentido que los derechos humanos se reconozcan y respeten únicamente en el territorio de un Estado, pues se perdería la esencia universal de los mismos y el espíritu humanístico y empático de su Declaración.

Por otro lado, tiene sentido pensar que, si un Estado actúa fuera de su territorio, pero a través de militares o de organismos internos, está extendiendo su soberanía más allá de dicho territorio y sobre todo cuando su actuación implica la coacción de otras personas y su desplazamiento forzoso.

⁷⁵ Carbó Xalabarder, C., Sanz Vilar., E., "Las devoluciones en caliente ¿Una respuesta deshumanizada?", *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 2016, núm.34, pp. 378-379, ISSN: 1575-720-X, disponible en: <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/7743/9915> [Consulta: miércoles, 11 de marzo de 2020]

⁷⁶ Goodwin-Gill, G.S., McAdam, J., *op.cit.*, nota 41, pp. 270-273.

4.1 Análisis de la sentencia Hirsi Jamaa y otros contra Italia

4.1.1 Parte descriptiva

El caso Hirsi Jamaa y otros contra Italia resuelve una demanda interpuesta contra la República de Italia ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) el día 26 de mayo de 2009. Dicha demanda fue interpuesta por un total de once ciudadanos somalíes y trece eritreos, que habían sido deportados por las autoridades de dicho Estado a Libia.

Los hechos son los siguientes: Los ciudadanos somalíes y eritreos formaban parte de un grupo de personas que habían abandonado Libia en embarcaciones que tenían intención de llegar a costas italianas. El día 6 de mayo de 2009, dichos navíos fueron interceptados por buques de la “Guardia di fananza” y guardacostas italianos, cuando se encontraban a 35 millas de la costa de Italia, es decir, en territorio no perteneciente al Estado de Italia. Dichos individuos fueron entonces devueltos a Trípoli en buques militares italianos, siendo sus documentos de identidad confiscados por los mismos militares.

Una vez en Trípoli (Libia), los migrantes fueron entregados a las autoridades libias. Como inciso, dos de los demandantes deportados, el señor Mohamed Abukar Mohamed y el señor Hasan Shariff Abbirahman, murieron en circunstancias desconocidas una vez producida tal deportación.

El tribunal conocedor del caso es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que resuelve en fecha 23 de febrero de 2012. La demanda se asignó a la sección Segunda del mencionado tribunal y se dio traslado de la misma al Gobierno italiano en 2009. En febrero de 2011, dicha sala se inhibió a favor de la Gran Sala sin que las partes formularan objeción al respecto, la cual se pronunciaría sobre fondo y admisibilidad al mismo tiempo. Durante el procedimiento actuó también el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), así como Human Rights Watch o Amnistía Internacional y su intervención vino autorizada por el presidente de la Gran Sala.

En primer lugar, exponemos las pretensiones de los demandantes⁷⁷:

⁷⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran sala). Caso Hirsi Jamaa y otros c. Italia. Sentencia de 23 de febrero de 2012, párr. 67, 83, 86, 87, 88, 139, 163, 189.

1. Los demandantes defienden que el Gobierno italiano actuó dentro de su jurisdicción, a pesar de que los acontecimientos se dieran en una zona marítima extraterritorial al mismo, pues en todo momento se encontraron bajo el control efectivo de los militares italianos. Para realizar esta Navegación hacen referencia al artículo 4 del Código de Navegación italiano, que establece que cualquier navío que enarbole la bandera de Italia actúa bajo jurisdicción de la misma, independientemente de dónde se encuentre dicho navío.
2. Los demandantes afirman que la devolución llevada a cabo por el Gobierno de Italia le expuso al riesgo de tratos inhumanos y de tortura, no solamente en Libia, sino también en los Estados de Eritrea y Somalia, pues consideran que en Libia no existe garantía contra la No devolución. En este sentido, invocan el art.1 del Convenio (entendiendo de que el convenio contra la tortura).
3. También alegan haber sido engañadas, pues en todo momento desde que fueron interceptados por los militares italiano, creyeron que se les estaba trasladando a Italia y no a Libia. Sin embargo, una vez el barco estaba cerca de Libia los demandantes rogaron que se les llevara a Italia, pues como habían analizado ya determinadas fuentes internacionales, en Libia las condiciones en que se encuentran los migrantes ilegales son inhumanas, especialmente en lo que a eritreos y somalíes respecta.
4. También se alega por parte de los demandantes que, al enarbolar el navío militar una bandera italiana y en virtud del artículo 4 del Código de Navegación italiano, las actuaciones llevadas a cabo por los militares deben estar incluidas en la jurisdicción de Italia.
5. Los demandantes afirman que la devolución de que la que fueron víctimas debía considerarse como colectiva al haberse llevado a cabo sin identificación previa o examen de las circunstancias individuales de los deportados.
6. Por último, los demandantes consideran que Italia no cumplió con las vías de recurso exigidas por el mismo Tribunal, pues ni fueron identificados ni fueron atendidas sus solicitudes de protección internacional.

En segundo lugar, exponemos las pretensiones del Gobierno como sujeto demandado⁷⁸:

⁷⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran sala). Caso Hirsi Jamaa y otros c. Italia. Sentencia de 23 de febrero de 2012, párr. 64, 69, 92, 93, 94,96, 98, 99, 141, 142, 191, 192.

1. El Gobierno Italiano niega que sus militares ejercieran un "control absoluto y exhaustivo" sobre los demandantes y afirman que las actuaciones llevadas a cabo por dichas autoridades en ningún momento fueron violentas, estableciendo que no puede considerarse que las mismas sean motivo para reclamar que la jurisdicción del Estado Italiano ha de extenderse a las mismas, pues considera el Gobierno que para ello el carácter de la intervención debiera de haber sido absoluto y exclusivo sobre los demandantes.
2. Por otro lado, alega el Gobierno italiano que los demandantes fueron enviados a Libia debido a la existencia de acuerdos bilaterales entre Italia y tal Estado. En este sentido, alega el Gobierno que en la resolución del Parlamento Europeo 2006/2250 y en el Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo adoptado por el Consejo de la Unión Europea, se establece que los Estados miembros debían de cooperar con los países, tanto de origen como de tránsito de los que provenían los migrantes, para combatir y reducir la inmigración ilegal. Por otro lado, las actividades llevadas a cabo por los militares italianos constituían un acto de salvamento en alta mar. De este modo y en base al principio de "libertad de navegación" no consideró el Gobierno que fuera necesario identificar a los demandantes, pues la actividad que desempeñaban las autoridades italianas no era policial. También añade que en ningún momento los migrantes solicitaron el asilo o ningún tipo de protección internacional, pues de haberlo solicitado no habrían sido deportadas a Libia.
3. El Gobierno Italiano afirma, como tercer argumento, que Libia es un país seguro, pues forma parte del Pacto Internacional de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos, el Convenio de las Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes y de la OIM (Organización Internacional para la Migración) entre otros, por no mencionar que dicho país se había comprometido en el Tratado de Amistad (2008) a cumplir con la Carta de las Naciones Unidas y con la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Debiendo añadir que en Trípoli hay presencia de ACNUR y de la OIM. Afirmando además que, cuando comenzó a complicarse la situación en Libia en 2010, Italia dejó de devolver migrantes a dicho Estado.
4. También alega el Gobierno italiano que, al ocurrir los sucesos en buque militar italiano, no era posible que los demandantes accedieran a un tribunal nacional. No obstante, los demandantes que gozaban de la condición del estatuto de refugiados

por parte de ACNUR podían tanto entrar en territorio del Estado italiano como ejercer sus derechos de recurso en el mismo.

Por último, es necesario analizar las pretensiones de los terceros intervinientes⁷⁹:

1. Los terceros intervinientes consideran que el principio de no devolución aplica extraterritorialmente, es decir, fuera del territorio de un Estado siempre que las autoridades de éste hayan ejercido un control sobre los migrantes.
2. Tanto ACNUR como Human Rights Watch denuncian las devoluciones involuntarias que Italia realiza a Libia. En este sentido, Human Rights Watch considera en sus informes de 2006 y de 2009 que al no haber un sistema de asilo en Libia los inmigrantes ilegales sufren violaciones a sus derechos fundamentales de forma constante (tortura, tratos inhumanos, falta de asistencia médica, etc.). También denunciaba en dichos informes que en Libia no se respeta el principio de no devolución y por tanto los migrantes podían ser devueltos a Somalia y Eritrea en cualquier momento, dónde sus vidas estaban en riesgo.
3. Centro Aire, Amnistía Internacional y la FIDH consideran que, por el principio de *pacta sunt servanda*, los acuerdos bilaterales que un Estado tenga con otro no pueden servir como herramienta de elusión del Convenio. ACNUR considera que las obligaciones derivadas del Derecho Internacional están por encima del principio de cooperación entre Estados para luchar contra la inmigración ilegal.
4. Human Right Clinic denuncia que los Estados han de examinar la situación de los inmigrantes caso por caso para garantizar la protección de sus derechos fundamentales.
5. ACNUR también establece la necesidad de que los Estados, en base al principio de no devolución, cumplan con obligaciones procesales, remarcando la importancia del derecho al acceso de un procedimiento de asilo efectivo. De este modo, si los Estado efectúan devoluciones en el plano internacional, corresponde al mismo dar a las personas afectadas la oportunidad de impugnar dicha devolución en base a los derechos que el Convenio les reconoce, suspendiéndose la devolución y demás actuaciones hasta que sea examinada su solicitud.

⁷⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran sala). Caso Hirsi Jamaa y otros c. Italia. Sentencia de 23 de febrero de 2012, 69, 102, 103, 105,143, 193.

El tribunal falla lo siguiente: en primer lugar, la jurisdicción de un Estado tiene un carácter fundamentalmente territorial, no obstante, hay casos excepcionales en las que el Tribunal la ha extendido al ámbito extraterritorial en el sentido del art.1 del Convenio, por ejemplo, cuando los militares del mismo actúan fuera del territorio. A estos efectos, las autoridades que ejercen un control y, consecuentemente una jurisdicción, sobre los demandantes, tendrán la obligación de garantizar los derechos recogidos en el art.1 del Convenio a dicho individuo. Por otro lado, al presente caso se añade la disposición del derecho marítimo recogida en el artículo 4 del Código de Navegación Italiano y ello considera el tribunal, es razón de más para considerar la jurisdicción de un Estado extendida de forma extraterritorial. Además, el Tribunal no acepta el argumento del Gobierno italiano que se ampara en que el control ejercido sobre los demandantes en alta mar fue "mínimo".

En segundo lugar, el Tribunal considera que el Gobierno hubiera debido de evaluar las situaciones individuales de cada demandante a la hora de determinar si la devolución entrañaba una exposición de los mismos a tratos inhumanos o degradantes. También es necesario que el Estado que realiza la devolución constata las circunstancias del país receptor para asegurar la existencia o no de un riesgo real; para ello el Tribunal da importancia a los informes elaborados por asociaciones internacionales expertas en la protección de derechos humanos, como Amnistía Internacional. En caso de no llevarse a cabo estas comprobaciones por parte del Estado territorial, se estaría incurriendo en responsabilidad internacional en base al artículo 3 de la Convención.

En este sentido, aclara el Tribunal que el hecho de un Estado como Libia haya ratificado determinados tratados internacionales no es suficiente como para otorgar una protección contra el riesgo, sobre todo en casos como éste en el las fuentes internacionales informan que no se cumplen las obligaciones contenidas en tales instrumentos.

En tercer lugar, el Tribunal considera que Italia no puede inmiscuirse de sus obligaciones derivadas del Convenio alegando la existencia de un convenio bilateral con Libia. También considera que la versión de los demandantes respecto a que comunicaron al personal militar su deseo de solicitar protección internacional, se encuentra confirmada por declaraciones de testigos recogidas por ACNUR y Human Rights Watch. Al margen de esto, el hecho de que los demandantes no hubieran solicitado asilo formalmente no exime a Italia de cumplir con las obligaciones impuestas por el artículo 3 de la Convención.

En cuarto lugar, el tribunal considera la existencia de riesgo para los demandantes en Libia de ser sometidos a prácticas contrarias al mencionado artículo y por ello considera que el Gobierno de Italia ha violado el artículo 3 del Convenio.

Además, el Tribunal analiza si realmente Italia podía tener "esperanzas razonables" de que Libia ofreciera garantías contra la devolución, sin embargo, Libia no es firmante del Convenio de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados y la presencia de ACNUR en Trípoli no puede considerarse una garantía de protección de los solicitantes de asilo, pues Libia no reconoce la validez del estatuto de refugiado que ACNUR concede.

En quinto lugar, el Tribunal considera la calificación de la expulsión de los demandantes como "colectiva" (incumpliendo el art.4 del Protocolo Num.4) y establece que el hecho de que el personal a bordo de los buques militares no estaba capacitado para hacer entrevistas ni contaba con asesores legales o intérpretes, es razón suficiente para presuponer que no existió un examen de las circunstancias personales de los demandantes antes de su devolución a territorio libio.

También determina que el Gobierno italiano ha violado el artículo 13 del Convenio en relación con el artículo 3 del mismo, pues considera que "vía de recurso efectiva" en este sentido sería aquella que ha considerado en primer lugar un examen "independiente y riguroso" de la queja individuo del que existan motivos sustanciales para creer que corre un riesgo de ser sometido a tratos contrarios al mencionado artículo 3, y, en segundo lugar, permita "una posibilidad de interrumpir la ejecución de la medida impugnada".

En resumen, el Tribunal falla que los demandantes se encontraban bajo jurisdicción italiana cuando se produjeron los hechos a efectos del artículo 1 del Convenio y que el Gobierno italiano ha violado el artículo 3 del mismo Convenio al exponer al riesgo de soportar malos tratos y repatriación en Libia a los demandantes. También admite la violación del artículo 13 del Convenio examinado en relación con el artículo 3 del mismo y el artículo 4 del Protocolo Núm.4.

El Tribunal condena a Italia a abonar a los demandantes, en tres meses, 15.000 euros en concepto de perjuicio moral y 1575,74 euros en concepto de gastos y costas procesales, además de las cargas fiscales en ambos casos.

4.1.2 Parte crítica

El caso Hirsi Jamaa es relevante en el contexto del principio de no devolución, pues se desenvuelve en el contexto del artículo 33.1 del Convenio sobre el Estatuto de los Refugiados de Ginebra, 1951 y del artículo 3 del Convenio contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes.

Este caso permite afirmar la posibilidad del que el mismo obligue a los Estados incluso cuando actúan extraterritorialmente. En este caso, se demuestra que el TEDH tiene una opinión similar a la de autores que ya hemos analizado como Guys S. Goodwin-Gill y Jane McAdam o algunos de los organismos internacionales más experto en la materia; como ACNUR, la Organización Internacional Para las Migraciones o el Comité contra la Tortura. De este modo, en la sentencia no solamente se delimita el alcance de dicho principio en el sentido de su aplicación extraterritorial, sino que también se reconoce la obligación de poner a disposición de los migrantes, vías de recurso efectivas conforme al Convenio y el ya analizado efecto suspensivo que estos trámites han de llevar aparejado. La sentencia también permite a afirmar que, poner en manos de un tercer un Estado que no ofrece garantías contra el incumplimiento del artículo 3 de dicha convención, constituye, a su vez, un incumplimiento del mismo por parte del Estado Territorial. Por último, también sirve como precedente para afirmar que los tratados o acuerdos bilaterales que puedan tener los distintos países en materia de inmigración no pueden utilizarse como herramienta para eludir las obligaciones internacionales que el Convenio impone a dichos Estados.

Esta sentencia disipa las dudas acerca de si es posible la extensión extraterritorial de la jurisdicción un Estado y delimita los casos a aquellos en los que exista un control de facto sobre los individuos que sufren la devolución.

Es decir, si los militares italianos ejercen un control sobre los migrantes, independientemente de que no lo hagan mediante el uso de la violencia, la jurisdicción italiana se extiende a dichas actuaciones; lo cual implica que los migrantes quedan protegidos o respaldados contra el incumplimiento del principio de no devolución por parte de Italia.

Por otro lado, el Tribunal insiste en que para no incurrir en un incumplimiento del artículo 3 del Convenio de Ginebra, es necesario que se lleve a cabo un examen a nivel individual

de las circunstancias de los migrantes y de las circunstancias del país receptor antes de proceder a la devolución, para considerar que existen creencias fundadas de que los migrantes no corren riesgo de que se vulneren sus derechos fundamentales.

Es importante en este sentido, mencionar la sentencia termina de un modo radical con el argumento de que basta formar parte de determinados acuerdos internacionales o que exista la presencia de ACNUR en un cierto Estado para que este se considere como seguro, y establece la necesidad de que el Estado lleve a cabo comprobaciones precisas de que efectivamente, en la práctica, tales Estados cumplen con el contenido de los acuerdos internacionales.

Recuerda, por otro lado, el Tribunal, que el artículo 3 aplica también para aquellas personas que, sin ser solicitantes de refugiados o solicitantes de asilo formales, lo son de facto y por ello quedan protegidos.

El Tribunal también confirma la ya estudiada opinión de CEAR en cuanto a que no solamente debe el Estado territorial permitir que el migrante interponga un recurso ante la decisión de devolución, sino que tal decisión no puede ejecutarse hasta la revisión efectiva de tal recurso. En este sentido, es importante recalcar que el Tribunal reconoce que este derecho no solamente aplica a los refugiados y solicitantes de asilo formales, sino que, como reconoce a los demandantes, también es un derecho que tienen los que lo son de facto.

Pues bien, con respecto a la determinación de las actuaciones militares como sujetas a jurisdicción italiana, es una decisión lógica. Es cierto que los militares no emplearon la violencia para deportar a los demandantes, sin embargo, sí que ocultaron de mala fe el lugar al que los llevaban y les privaron de sus documentos de identidad, alegando estos que habían sido engañados. Bajo la suposición de que los llevaban a Italia, los migrantes se dejaron deportar sin ser conscientes de la realidad, con lo cual es posible afirmar que se encontraban controlados, pues no tomaron ninguna decisión informada ni libre. Por otro lado, en el momento en que supieron que se acercaban a Libia, solicitaron, como bien afirman las pruebas testificales, que solicitaron el asilo y dicha petición fue deliberadamente ignorada por las autoridades italianas.

Por otro lado, ante la cantidad de informes de terceros intervinientes expertos en la materia, es claro que Italia quiso ignorar que, enviando a los demandantes a Libia, estaba poniendo en riesgo su vida y sometiendo a riesgo de tortura, tratos inhumanos y

repatriación contrarios al artículo 33.1 de la Convención de Ginebra. Ante la existencia de tales pruebas y ante la omisión del examen individual de las circunstancias de los demandantes, es claro que Italia no tuvo intención de valorar realmente la existencia de riesgos, pues sabía que, de haberlo hecho, los habría encontrado.

En cuanto a la aclaración de que los acuerdos bilaterales no podrán servir para eludir las obligaciones derivadas del Convenio de Ginebra, parece lógico, sobre todo cuando hemos afirmado anteriormente que, concretamente el principio de no devolución es una norma *Ius cogens*. En este aspecto, todo tratado que sea contrario a una norma *Ius Cogens* es nulo y, a pesar de que el Tribunal no entra en esta cuestión, a nuestro modo de ver un acuerdo que entre Italia y Libia que permite devolver al migrante a un tercer país sin garantías contra la tortura y la repatriación forzosa, es un acuerdo claramente contrario al principio de no devolución.

Mención aparte merece la decisión del Tribunal en relación a la tutela judicial efectiva. Puede parecer extraño el considerar que aquellas personas que no son solicitantes de asilo formales puedan tener derecho a interponer un recurso contra su devolución, sin embargo, si entendemos que el principio de no devolución se desvirtúa cuando se deja sin protección a los refugiados de facto o a los posibles futuros solicitantes de asilo, esta decisión cobra sentido. Al fin y al cabo, si se extiende la jurisdicción de los Estados extraterritorialmente es, precisamente, para no dejar desamparados a los migrantes que son devueltos en aguas internacionales; y por ello, tiene sentido proteger sus derechos con garantías como el acceso a la tutela judicial.

En el caso resuelto por el mismo Tribunal, *Bankovic y otros*⁸⁰, lo que ocurre es que seis habitantes de Belgrado demandan a diecisiete Estados de la OTAN por haber bombardeado la sede la radio-televisión Serbia y habían muerto 16 personas, alegando que la violación del derecho a la vida era atribuible a dichos estados por tener las mismas jurisdicciones sobre las víctimas, ya que ostentaban un "control efectivo" sobre las mismas. El Tribunal afirmó que la jurisdicción era plenamente territorial para evitar abrir la puerta a nuevos debates y declaró inadmisibile la demanda.

Bankóvic es una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que sirve para esclarecer la cuestión de la aplicación extraterritorial del Convenio de Ginebra. En este

⁸⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran sala). Caso Bánkovic y Otros. Sentencia de 12 de diciembre de 2001.

caso, el Tribunal determinó que la jurisdicción debía de ser entendida de un modo primordialmente territorial, no obstante, en el caso *Issa y otros contra Turquía*⁸¹ el Tribunal añade que de forma excepcional hay actos estatales que generan responsabilidad a un Estado, aunque se produzcan fuera de la jurisdicción territorial del mismo. De este modo, el Tribunal terminó por abrir las puertas de la jurisdicción extraterritorial y con la actual sentencia vemos la importancia que cobra en el ámbito del principio de no devolución para este no quede desvirtuado y realmente se proteja a los individuos de los posibles riesgos que atenten contra su vida y derechos fundamentales en los países receptores.

A su vez, en el caso *Vivarajah y otros contra reino Unido*⁸², el mismo Tribunal establece que para que sea posible considerar que no existe riesgo para los individuos se habrá tenido en cuenta las pruebas documentales y testificales presentadas, así como los elementos que provengan de fuentes internacionales expertas en la materia, es decir, el Estado debe de haber procedido a examinar la situación de país de destino en el momento de la devolución. Pero no solo esto, sino que también es necesario que los Estados territoriales realicen un examen de las circunstancias individuales del individuo. Además, añade un inciso importante, al mencionar que en el caso en que la devolución o la expulsión se lleven a cabo a un Estado miembro de la Unión Europea existe una presunción de que los mismos respetarán los derechos del Convenio por ser democráticos y formar parte de dicha organización, aunque dicha presunción no implica que el Estado territorial deje de realizar unas mínimas investigaciones sobre las condiciones de riesgo en el país receptor.

Por último, en el caso *Shamayev y otros contra Georgia*⁸³ encontramos que 13 rusos y georgianos de origen Chechen que fueron arrestados por cruzar la frontera de forma ilegal por la policía de Georgia, posteriormente la autoridad rusa reclama la extradición de los mismos por considerarlos terroristas que habían participado en el conflicto de Chechnya y Georgia termina por autorizar la extradición. Los demandantes alegan que la extradición a Rusia implicaba exponer sus vidas a un riesgo de pena capital (que no había sido abolido

⁸¹Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso *Issa y otros contra Turquía*. Sentencia de 16 de noviembre de 2004.

⁸² Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran sala). Caso *Vivarajah y otros contra reino Unido*. Sentencia de 30 de octubre de 1991.

⁸³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran sala). Caso *Shamayev y otros contra Georgia*. Sentencia de 12 de octubre de 2005.

en Rusia todavía), lo cual suponía una violación del artículo 3 del Convenio contra la Tortura. La corte determinó en este caso que se había producido una violación por parte de las autoridades de Georgia del artículo 13 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, porque no se les dio la oportunidad a los extraditados de interponer un recurso contra la decisión de tales autoridades por la violación del artículo 3 del mismo convenio. Como vemos en este caso se valora la tutela judicial efectiva, por parte de Tribunal, como componente necesaria del principio de no devolución recogido en la Convención de Ginebra.

4.2 Análisis de la sentencia NT-ND contra España

4.2.1 Parte descriptiva

Un nacional maliense y un nacional marfileño interponen una demanda contra España el 12 de febrero de 2015. Los mismos alegaban una violación de los artículos 3 y 13 del Convenio Contra la Tortura y Otras (...), así como una violación del artículo 4 del Protocolo Núm.4.

Ambos demandantes abandonaron el campamento en el que se encontraban en Marruecos (Monte Gurugú) e intentaron entrar en España junto con un grupo de subsaharianos a través de las vallas que separan Melilla de dicho Estado. El primer demandante logró llegar a lo alto de la tercera valla y el segundo logró superar las dos primeras vallas. Posteriormente fueron bajados de la tercera valla por la Guardia Civil española y fueron devueltos a Marruecos sin ser identificados por la misma⁸⁴.

Posteriormente ambos demandantes lograron entrar en España por el puesto fronterizo de Melilla. El primero de ellos, ND, tramitó una solicitud de asilo que fue rechazado y él devuelto a Mali. El segundo, NT, no presentó tal solicitud y fue expulsado.

El caso es resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sección tercera, que dicta la sentencia en fecha 3 de octubre de 2017.

⁸⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran sala). Caso ND. y NT. c. España, sentencia de 3 de octubre de 2017, párr. 12, 13, 15.

En primer lugar, hay que atender a las alegaciones del Gobierno de España⁸⁵:

1. El Gobierno español alega que la demanda se suscita sobre hechos producido fuera de la jurisdicción de España, pues los demandantes no llegaron a superar el puesto fronterizo de Melilla (las vallas). Además, el Gobierno considera que ninguno de los dos demandantes ha solicitado la protección internacional ante las autoridades españolas antes de presentar a demanda ante el Tribunal y que, en todo caso, ND lo hizo después de interponer la demanda y una vez había sido asistido por abogados.
2. El Gobierno alega que para que quepa la alegación del artículo 4 del Protocolo Núm.4 los hechos debían de haberse producido en territorio español y que la expulsión debe ser colectiva, cuestiones que no considera se den en el presente caso.
3. Además, los inmigrantes intentaron entrar en España de forma ilegal, cuando tenían la posibilidad de formalizar una solicitud de entrada, por ejemplo, en el puesto fronterizo de Beni-Enzar. A estos efectos, repite que NT nunca formalizó tal solicitud y que ND la presentó, pero una vez había sido expulsado.

En cuanto a las alegaciones de los demandantes, son las siguientes⁸⁶:

1. Los demandantes afirman que la expulsión de extranjeros antes de que entren en territorio nacional constituye un acto de jurisdicción del Estado Español, lo cual le otorga responsabilidad en el asunto.
2. También alegan las partes que no tuvieron la posibilidad de interponer un recurso judicial efectivo contra su primera expulsión (13 de agosto de 2014) antes de acudir al Tribunal.
3. Consideran además que la expulsión que han sufrido ha de calificarse como "Colectiva" en función del artículo 4 del Protocolo Núm.4. El grupo que intentó saltar las vallas de Melilla el 23 de agosto de 2014 estaba formado por unas 85 personas que fueron objeto de expulsión automática. No se sometió a ninguno de los extranjeros a examen individual de sus solicitudes.

⁸⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran sala). Caso ND. y NT. c. España, sentencia de 3 de octubre de 2017, párr. 44, 56, 62, 68, 70, 71,75,79, 110, 111.

⁸⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran sala). Caso ND. y NT. c. España, sentencia de 3 de octubre de 2017, párr. 45, 58, 63, 67, 81, 82, 83, 85, 109, 112.

4. Añaden también los demandantes, que el puesto de Beni-Enzar no contaba con una oficina de protección internacional hasta noviembre de 2014 y por lo tanto no pudieron solicitar el asilo. ACNUR confirma que este puesto fronterizo era casi exclusivo para los solicitantes de asilo sirios y los demandantes en cuestión eran subsaharianos.
5. Los demandantes alegan que no solamente no fueron identificados por el Gobierno español, sino que no pudieron impugnar mediante recurso con efecto suspensivo, tal expulsión automática. Invocan el artículo 13 del Convenio contra la Tortura.

Por otro lado, las consideraciones de terceros intervinientes son las siguientes:

1. El Comisario de DDHH apunta que el rechazo se produjo sin evaluar las circunstancias personales de los demandantes y sin identificarlos, por lo que estos no pudieron solicitar la protección internacional en España.
2. ACNUR alega que hasta 2014 no era, en efecto, posible que los demandantes solicitaran asilo en el puesto fronterizo de Melilla. Además, considera que el hecho de que los demandantes no solicitaran de forma expresa el asilo no implica que España pueda incumplir sus obligaciones derivadas del artículo 3 del convenio con respecto a los mismos.
3. ACNUDH expone que el control ejercido por las autoridades de España es lo que implica que dicho Estado venga responsable jurídicamente con respecto a los demandantes, independientemente de la nacionalidad de los individuos o del territorio en que se produjeran los hechos.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera y falla lo siguiente:

En primer lugar, que cuando un Estado, a través de sus agentes, opera ejerciendo un control efectivo sobre un individuo, extiende su jurisdicción sobre el mismo. Consecuencia de esta jurisdicción es la obligación del Estado de reconocer los derechos y libertades del Convenio a tal individuo.

En segundo lugar, el TEDH además considera que ha de calificarse la expulsión del 13 de agosto de 2014 como "colectiva", pues efectivamente se produjo sin identificación de los inmigrantes sin investigación acerca de sus circunstancias personales, por lo que los hechos se encuentran en el marco de aplicación del artículo 4 del Protocolo Núm.4.

Por último, el Tribunal estima que se ha producido una violación del artículo 13 del Convenio, en la medida en que una expulsión automática como la que tuvo lugar el día 13 de agosto de 2014 no pudo dar pie a que los demandantes utilizaran una vía de recurso contra el incumplimiento del artículo 4 del Protocolo Núm. 4.

4.2.2 Parte crítica

Este texto se enmarca en la cuestión del principio de no devolución y su delimitación. Concretamente nos interesa la cuestión relativa a la tutela judicial efectiva que recoge el Convenio contra la Tortura en su artículo 13 y que se relaciona con el artículo 3 del mismo y con el artículo 4 del Protocolo núm.4 relativo a expulsiones colectivas. El fallo del tribunal permite aclarar que en aquellos casos en los que, a pesar de que las autoridades de un Estado estén actuando fuera de su territorio, si ejercen un control efectivo sobre los demandados tendrán que reconocerle el derecho a la tutela judicial efectiva. Este derecho no solamente se refiere a dar a los demandantes la oportunidad de solicitar el asilo en España antes de ser expulsados, sino que deben tener una vía de recurso efectiva contra la decisión de devolución que además tenga efectos suspensivos hasta su revisión. También vuelve a quedar claro con esta sentencia, que la extraterritorialidad de las actuaciones de las autoridades se entenderá bajo su jurisdicción si estas ejercen un control efectivo sobre los migrantes.

A nuestro modo de ver, es relevante el hecho de que los demandantes no pudieran solicitar asilo en la oficina fronteriza de Beni-Enzar porque esto puede resultar en justificación suficiente para haber intentado acceder a España por la vía ilegal.

Por otro lado, es claro que las autoridades ejercieron un control efectivo sobre los extranjeros en las vallas, como se demuestra en la narración de los hechos, en la que se habla de la violencia ejercida para reprimirles antes de que alzarán territorio español; lo cual debe entenderse como una ampliación extraterritorial de la jurisdicción del Estado Español y por ello éste adquiere responsabilidad de reconocer los derechos de la Convención de Ginebra a dichos extranjeros. Consecuentemente y, como bien habíamos establecido en el anterior caso analizado, no es necesario que los extranjeros sean solicitantes de asilo en sentido formal para que queden protegidos por el artículo 3 de la

mencionada Convención y, por ello, se deberían de haber respetado las garantías del principio de no devolución.

Tal principio, como bien se recoge en la Convención contra la Tortura incluye el derecho a una tutela judicial efectiva, la cual no es posible sin que se proceda a la identificación de los individuos, actuación que no se llevó a cabo, por lo que entendemos que las autoridades quisieron privarles de la oportunidad de presentar un recurso contra la expulsión prohibida por el artículo 4 del Protocolo Núm.4.

En lo que respecta al carácter colectivo de la devolución, que el Tribunal reconoce como tal, es una cuestión que solamente nos interesa por su relación el mencionado artículo 13.

En conclusión, lo interesante de esta sentencia es la confirmación de que el principio de no devolución puede tener un alcance extraterritorial y, que dicha aplicación extraterritorial del mismo, implica que deben existir vías de recurso efectivas para garantizar su cumplimiento.

En el caso *Sharifi y otros c. Italia y Grecia*⁸⁷, conocido por el mismo Tribunal, 32 ciudadanos afganos, 2 sudaneses y 1 eritreo llegan a Italia de forma ilegal y sin que se siguieran los procedimientos exigidos por la Unión Europea, fueron devueltos a Grecia.

Los demandantes alegaban una violación del artículo 13 del Convenio Contra la Tortura en relación con el artículo 3 del mismo convenio por parte de Grecia, y, además, una violación del artículo 4 del Protocolo Núm.4 y de los mencionados artículos del Convenio llevada a cabo por Italia.

El Tribunal solamente consideró a cuatro denunciadores afganos, de los cuales solamente uno había sido identificado por los países demandados, lo cual demostraba la falta de trato individualizado de sus circunstancias antes de proceder a la devolución contraria al artículo 3 del Convenio Contra la Tortura.

Las autoridades griegas, en efecto, no habían permitido el acceso a la solicitud de asilo por parte de los demandantes y tampoco pudieron interponer recurso contra la decisión de devolución, lo cual suponía una violación del artículo 13 en base al artículo 3 del

⁸⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran sala). *Sharifi y otros v. Italia y Grecia*, sentencia de 21 de octubre de 2014.

Convenio, pues en Grecia los inmigrantes estaban expuestos a una posible expulsión a Afganistán, dónde había riesgo de que sufrieran tratos inhumanos o degradantes.

Cómo vemos, el hilo procesal que viene siguiendo el TEDH reconoce la necesidad de una tutela judicial efectiva para respaldar la obligación de los Estados territoriales contenida en el artículo 3 del Convenio Contra la Tortura. Además, como ya se analizó en el Caso *Hirsi Jamaa y otros contra Italia*, el hecho de que las devoluciones de los extranjeros se produzcan “en caliente”, es decir, en la frontera, altamar o en territorio de otro Estado, no exime de la responsabilidad derivada del artículo 3 del Convenio a los Estados que las practican; en cuanto que estas se lleven a cabo a través de autoridades de dichos Estados, que ejercen un control efectivo sobre los extranjeros.

CONCLUSIONES

1. Las reglas que regulan la admisión de un extranjero en un Estado son normas internas de los mismos y por ello, se trata de una cuestión discrecional (que no arbitraria) de dichos Estados. De este modo, no encontramos una regulación internacional que verse sobre las expulsiones de los extranjeros. A pesar de ello, existe un standard internacional en lo que al trato de extranjeros respecta, con un contenido de derechos mínimo que hace referencia a la protección de la vida e intereses del extranjero (por ejemplo, derecho a no ser detenido de forma arbitraria o derecho a tener libre acceso a los tribunales del Estado en cuestión).
2. El asilo ha de entenderse como la protección que los Estados, en el ámbito del Derecho Internacional público, ofrecen a personas que, sin ser nacionales suyos, sufren amenazas o persecuciones que ponen en peligro sus derechos fundamentales y libertades. Tal amenaza a sus derechos proviene, en principio de las autoridades de otro Estado, pero también puede provenir de personas o multitudes que han escapado del control de las autoridades.
3. La concesión del asilo, como ocurre con lo relativo a extranjería, es una cuestión que deriva de la soberanía de los Estados y no debe entenderse como un derecho, sino como bien decimos, una concesión. De este modo, serán las personas comprendidas en el art.14 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante la DUDH) y aquellas que luchan contra el colonialismo, las que tienen derecho a que no se le niegue la entrada al territorio de los Estados y a no ser devueltas al mismo Estado del que proceden, o extraditadas a cualquier otro, en que puedan ser objeto de persecución.
4. La figura del refugio se recoge en el artículo 1 de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto del Refugiado y se refiere a la persona que, debido a fundado temores de ser perseguido por determinados motivos (raza, política, religión, etc.), se encuentra fuera de su país de origen y no puede o no quiere, a causa de dichos temores, regresar a él. Es el estatuto del refugiado el que otorga al individuo la protección del principio de no devolución.

5. En Europa hay dos convenios que desarrollan el concepto de asilo. Estos textos son el Convenio de Dublín y el Convenio de Aplicación del acuerdo de Schengen (1990). El sistema introducido por el Convenio de Dublín ha sufrido actualizaciones en 2003 y en 2013. De este modo, el asilo queda conceptualmente establecido como la protección que un Estado otorga a aquella persona que sufre una persecución por alguno de los motivos que se establecen en la Convención de Ginebra de 1951. En conclusión, el asilo según el convenio de Dublín se aplica para otorgar protección a los refugiados.
6. En España, la Ley 9/1994 elimina la doble figura de asilo y de refugio, de forma que el asilo es la protección que nuestro país otorga al reconocido como refugiado por la Convención de Ginebra de 1951. La última reforma relativa al asilo que tenemos en España se introduce con la Ley 12/2009, que recoge el concepto de refugiado en su artículo número 3 y conforme a la definición que del mismo se hace en la Convención de Ginebra. Esta última ley, recoge un sistema de etapas para la concesión o denegación de la solicitud de asilo; dichas etapas son, en resumidas cuentas, las siguientes: solicitud de asilo, admisión a trámite de la solicitud, apertura del periodo de instrucción y, por último, resolución favorable o desfavorable de la propuesta de asilo.
7. El principio de no devolución o de *non refoulement* puede definirse como una prohibición de devolver a los refugiados, por parte de los Estados a los que huyen, a los mismos países o territorios de donde procedan y en los cuales su vida o libertad se encuentren en riesgo. Este principio se encuentra fuertemente relacionado con la prohibición de torturas y tratos inhumanos, que se recoge en la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y se deriva del art.5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Al margen de ser un principio de Derecho Internacional, también es una norma *Ius Cogens* y por ello, las disposiciones contrarias al mismo son nulas y aplica a toda la comunidad internacional (no solo a los Estados miembros de la Unión Europea).
8. El principio de no devolución no solamente aplica a aquellos refugiados cuyo estatus ha sido reconocido, sino a aquellos que de facto lo son.
9. El riesgo a que se refiere el principio de no devolución ha de apreciarse de forma individualizada, mediante un examen por parte del Estado territorial de las circunstancias personales y las del Estado de origen en el momento de proceder a la devolución. No obstante, será el propio individuo el que deba de probar el riesgo de

la forma más fehaciente posible, debiendo después, el Estado territorial, proceder a la verificación del mismo.

10. La devolución indirecta se refiere a aquellos casos en los que un Estado expulsa a los migrantes hacia un tercer Estado sin examinar su situación personal o la de tal segundo Estado, lo cual conlleva a exponer a los mismos al riesgo de que se violen sus derechos fundamentales o bien se les devuelva a su Estado de origen. Esta práctica implica una infracción por parte del Estado territorial del principio de no devolución recogido en el Convenio de Ginebra. Para que el tercer Estado pueda ser considerado como seguro, debería de poder, el refugiado, presentar su solicitud de asilo en el mismo y debe estar claro que no se le va a exponer a persecución, riesgo, torturas o la propia devolución; es decir, que ese tercer país no sea proclive a incumplir el principio de no devolución.
11. La alternativa de recolocación interna de los refugiados debe cumplir con determinados requisitos para que el Estado territorial no infrinja el principio de no devolución, es decir; habrá que proceder a la realización de un análisis de pertinencia, dónde habrá que tener en cuenta cuestiones como si la persecución de la que huía el refugiado venía instada por parte del Estado, en cuyo caso se entiende que no hay zona en el país a la que no se extienda esa potestad, o si por el contrario provenía de órganos no estatales, en cuyo caso cabría la posibilidad de que una determinada zona fuera segura. Y también habrá que hacer un análisis de razonabilidad, para responder a la pregunta de si realmente el refugiado podrá llevar en ese lugar una vida normal.
12. Los principales organismos internacionales de defensa de los derechos humanos, no están convencidos de la efectividad del uso de garantías diplomáticas por parte de los Estados que llevan a cabo reenvíos o son devueltos a otro Estado. Las garantías diplomáticas no son jurídicamente vinculantes, por lo que su incumplimiento carece de efectos jurídicos y la persona a la que las garantías pretenden proteger no puede recurrir si se violan en la mayoría de los casos.
13. El principio de no devolución tiene una excepción: en los casos en que el refugiado o solicitante de asilo suponga una amenaza para la seguridad del Estado territorial o haya sido condenado por un delito especialmente grave, cabe la posibilidad de que se le devuelva a su Estado de origen sin incurrir en responsabilidad internacional. Esta excepción aplicará excepto que exista riesgo de tortura o de tratos inhumano o degradantes, en cuyo caso será lícita la devolución del migrante a su Estado de origen, pues no se admitirá excepción alguna al principio. En este sentido, Para enjuiciar un

delito como grave se debe acudir a la norma internacional y no a la nacional y el delito en cuestión debe de haberse cometido por el refugiado fuera del Estado territorial y antes de haber sido admitido como refugiado en el mismo. También se atenderá a las circunstancias de los países de origen, pues no es lo mismo cometer un delito de asesinato en tiempo de guerra que en tiempo de paz, por ejemplo.

14. Los derechos inherentes al principio de no devolución son: el derecho a no ser torturado y a no sufrir tratos inhumanos (esclavitud, desaparición forzada, etc.), el derecho a la vida y el derecho a la defensa y tutela judicial efectiva. Este último derecho implica que la deportación del individuo o su devolución se vea suspendida hasta que se resuelva el recurso interpuesto por el mismo en caso de que el Estado Territorial rechace su solicitud de asilo. Si la orden de devolución o extradición se ejecutara antes de la revisión efectiva del recurso, no solamente se estaría privando al individuo de sus derechos de defensa judicial efectiva, sino que también se le podría estar exponiendo a riesgos de tortura o peligro de muerte en el país de origen.
15. El término "devolución en caliente" se refiere una política mediante la cual los Estados llevan a cabo prácticas orientadas a evitar que los inmigrantes ilegales entren en su territorio y puedan, de este modo, iniciar la tramitación de sus solicitudes de asilo. El art.33 de la Convención de Viena de 1951 establece la obligación de no devolver a ningún refugiado o solicitante de asilo a un país en el que corra peligro de ser perseguido o sufrir daños, lo cual aplica tanto cuando las devoluciones se producen en la frontera como a las que se realizan en altamar o en territorio de otro Estado. Es decir, cabe la aplicación extraterritorial del principio de no devolución cuando un Estado haya llevado a cabo actos fuera de su territorio, por medio de sus agentes y ejerciendo control sobre los migrantes, para evitar que entren en su territorio.
16. Por último, de las sentencias analizadas concluimos que:
 1. En el caso Hirsi Jamaa y otros contra Italia, el TEDH defiende la aplicación extraterritorial del principio de no devolución en aquellos casos en los que un Estado, mediante sus agentes, lleva a cabo un control de facto sobre los migrantes. También considera que es necesario realizar un examen individual de las circunstancias de los individuos y del país de origen antes de proceder a su devolución y, que, en cualquier caso, el Estado territorial debe permitir que los refugiados de facto interpongan un recurso ante la decisión de devolución con efectos suspensivos.

2. En el caso NT-ND contra España, el TEDH defiende que, a pesar de que las autoridades de un Estado estén actuando fuera de su territorio, si ejercen un control efectivo sobre los demandados, tendrán que reconocerles el derecho a la tutela judicial efectiva. Ello implica dar a los migrantes la oportunidad de solicitar el asilo en España antes de ser expulsados y que puedan interponer recurso contra la decisión de devolución. Este recurso tendrá efectos suspensivos hasta su revisión. También vuelve a quedar claro con esta sentencia, que la extraterritorialidad de las actuaciones de las autoridades se entiende bajo su jurisdicción si estas ejercen un control efectivo sobre los migrantes.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina:

Barboza, Julio., *Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, segunda edición, Zavalia, 2001.

Carbó Xalabarder, C., Sanz Vilar., E., ‘‘Las devoluciones en caliente ¿Una respuesta deshumanizada?’’, *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 2016, núm.34, pp. 378-379, ISSN: 1575-720-X, disponible en: <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/7743/9915> [Consulta: miércoles, 11 de marzo de 2020]

Cave, D., Diario de la desesperación: los días en los centros de detención extraterritoriales de Australia, *The New York Times*, 2019, <https://www.nytimes.com/es/2019/06/30/espanol/detencion-extraterritorial-australia.html> [Consulta: viernes, 7 de febrero de 2020]

Díez De Velasco, Manuel., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, decimoctava edición, Tecnos, 2009.

Escobar Hernández, C., ‘‘ El Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen y el Convenio de Dublín: una aproximación al asilo desde la perspectiva comunitaria’’ *Revista de Instituciones europeas*, Vol. 20,1993, núm.20, pp 53-100.

Goodwin-Gill, G.S., McAdam, J., *The Refugee in International Law*, Nueva York, III edición, Oxford, 2012.

Gortázar Rotaèche, C.J., *Derecho de Asilo y "No rechazo" del refugiado*, Madrid, Universidad Pontificia Comillas, 1997.

Imaz, C., ‘‘El asilo diplomático en la política exterior de México’’, *Revista Mexicana de Política Exterior*, 1993, Núm.40-41, 1-19. ISSN 2594-2441.

James C.Hathaway, *The rights of refugees under international law*, Michigan, Cambridge University Press, 2005.

Kintto, L. *Estados Unidos en guerra, del miedo a la libertad vigilada*, Quito, edición primera, Abya-Yala, 2001.

Pastor Ridruejo, José. A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Madrid, vigésima tercera edición, Tecnos, 2019.

Pastorino, A.M., Ippoliti, M.R., ‘‘A propósito del asilo diplomático’’, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de la república*, 2019, núm.47, 11-37. ISSN 2301-0665.

Normativa:

Boletín oficial del Estado, núm. 10, de 12 de enero de 2000.

Boletín oficial del Estado, núm.52 de 2 de marzo de 1995.

Boletín oficial del Estado, núm.74, de 27 de marzo de 1984.

Boletín oficial del Estado, núm. 94 de 19 de abril de 1985.

Boletín oficial del Estado, núm.122 de 23 de mayo de 1994.

Boletín oficial del Estado, núm.131 de 2 de junio de 1994.

Boletín oficial del Estado, núm. 243, de 10 de octubre de 1979.

Boletín oficial del Estado, núm. 263, de 31 de octubre de 2009.

Jurisprudencia:

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran sala). Caso ND. y NT. c. España, sentencia de 3 de octubre de 2017.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran sala). Sharifi y otros v. Italia y Grecia, sentencia de 21 de octubre de 2014.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran sala). Caso Hirsi Jamaa y otros c. Italia. Sentencia de 23 de febrero de 2012.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran sala). Caso *Shamayev y otros contra Georgia*. Sentencia de 12 de octubre de 2005.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Issa y otros contra Turquía. Sentencia de 16 de noviembre de 2004.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran sala). Caso Bánkovic y Otros. Sentencia de 12 de diciembre de 2001.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran sala). Caso Vivarajah y otros contra reino Unido. Sentencia de 30 de octubre de 1991.

Documentos oficiales:

Declaración sobre Asilo Territorial, resolución 2312 (XXII) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 14 de diciembre de 1967.

Declaración Universal de Derechos Humanos, Resolución 217 A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 10 diciembre de 1948.

Otros documentos:

ACNUR, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. *Directrices sobre protección internacional: La “alternativa de huida interna o reubicación” en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención de 1951 o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*. ACNUR: 2003.

ACNUR, Alto Comisionado de las Naciones Unidas Para los refugiados. *El principio de no devolución*. Cambridge: Consultas Globales Sobre la Protección internacional, 2001, Anexo III.

ACNUR, El asilo en España, s.f <https://www.acnur.org/es-es/el-asilo-en-espana.html>
[Consulta: viernes, 21 de febrero de 2020]

ACNUR & Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. “*Guía de Actuación en la asistencia jurídica de solicitantes de protección internacional*”. Madrid: Delegación de ACNUR, 2011.

ACNUR, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, *Manual sobre procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado y Directrices sobre protección internacional en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, Reedición, Ginebra, 2019, disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org/docid/5cb474b27.html> [Consulta: 12 de marzo de 2020]

ACNUR. *Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967*. Ginebra: ACNUR, 2007.

ACNUR, Solicitantes de asilo, s.f <https://www.acnur.org/solicitantes-de-asilo.html>
[Consulta: 9 de marzo de 2020]

Amnistía Internacional, Desapariciones forzadas, s.f, <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/temas/desapariciones-forzadas/> [Consulta: jueves, 30 enero 2020]

Amnistía Internacional, "Garantías diplomáticas": Ausencia de protección contra la tortura y los malos tratos, 2005, <https://www.amnesty.org/download/Documents/80000/act400212005es.pdf> [Consulta: miércoles, 5 de febrero de 2020]

CEAR, Comisión de Ayuda al refugiado, Diccionario de Asilo, s.f <https://diccionario.cear-euskadi.org/procedimiento-de-asilo/> [Consulta: viernes, 28 de febrero de 2020]

CEAR, Comisión de Ayuda al Refugiado, Diccionario de asilo, s.f <https://diccionario.ceareuskadi.org/tercer-pais-seguro/> [Consulta: jueves, 08 de septiembre de 2005]

CEAR, Comisión Española de Ayuda al refugiado, España comienza el año exigiendo visado de tránsito a las personas de Yemen, 2020, <https://www.cear.es/visado-transito-yemen/> [Consulta: domingo 8 de marzo de 2020]

CEAR, Comisión Española de Ayuda al refugiado. *“Francia, las Grietas del refugio en Europa”*. Madrid: CEAR, 2018.

CEAR, Comisión Española de Ayuda al Refugiado. *"Las personas refugiadas en España y Europa"*. Madrid: Oficinas Centrales de CEAR, 2019.

CEAR, CEAR reclama detener la expulsión de los solicitantes de asilo llegados a Chafarinas, s.f, <https://www.cear.es/cear-reclama-detener-la-expulsion-de-los-solicitantes-de-asilo-llegados-a-chafarinas/> [Consulta: lunes, 2 de marzo de 2020]

Consejo de Derechos Humanos, Doc. núm. A/HRC/12/27.

Defensor del Pueblo. *“El asilo en España, La protección internacional y los recursos del sistema de acogida”*. Madrid: Defensor del Pueblo, 2016.

El principio de no-devolución, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) y el Centro Lauterpacht de Investigaciones sobre Derecho Internacional, 9-10 de julio de 2001.

IOM, International Organization for Migration. *"International Migration Law, The principle of Non-Refoulement"*. Ginebra: IOM, 2014.

Non-refoulement: Achievements and Challenges, World Organization Against Torture (OMTC), s.f.

Wolters Kluwer, Asilo y refugio, s.f
https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAA AAEAMtMSbF1jTAAAUNDM2MTtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAS6DrNTUAAAA=WKE

[Consulta: viernes 21 de febrero de 2020]

