

Universidad Internacional de La Rioja
Máster en el ejercicio de la abogacía

El desplazamiento de personas:
refugiados y el principio de *non*
refoulement

Trabajo fin de máster presentado por:	Valeria Marengoni
Titulación:	Máster Universitario en el Ejercicio de la Abogacía
Área jurídica:	Derechos Humanos
Director/a:	María del Ángel Iglesias

Valeria Marengoni

Milán, 12 de diciembre de 2016

I. ÍNDICE.....	1
II. ABREVIATURAS.....	2
III. RESUMEN	3
IV. EL DESPLAZAMIENTO DE PERSONAS: LOS REFUGIADOS Y EL PRINCIPIO DE <i>NON REFOULEMENT</i>	4
IV. 1. Introducción	4
IV.2. Marco legal internacional del refugiado.....	5
IV.3. El principio de no devolución y su carácter de norma de <i>ius cogens</i>	9
IV.4. El principio de no devolución en Europa	14
IV.4.1. Marco legal	14
IV.4.2. Marco jurisprudencial: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.	15
IV.5. El principio de no devolución en la Unión Europea.....	19
IV.5.1. Marco legal	19
IV.5.2. Marco jurisprudencial: el TJUE.....	24
IV.6. La cuestión Siria: El acuerdo Turquía - Unión Europea y las dudas sobre su legitimidad	26
IV.7. La gestión de los flujos migratorios en Italia y en España	29
IV.7.1. El cumplimiento del principio de non refoulement en Italia: las sentencias <i>Hirsi Jamaa</i> y la sentencia <i>Khlaifia</i> del TEDH.	29
IV.7.1.1. El asunto <i>Hirsi Jamaa</i>	29
IV.7.1.3. El asunto <i>Khlaifia</i>	32
IV. 7.2. El cumplimiento del principio de <i>non refoulement</i> en España.....	33
IV.7.2.1. Ceuta y Melilla: análisis jurídico de la situación y condenas por organismos internacionales y europeos.....	33
V. CONCLUSIONES	37
VI. BIBLIOGRAFIA	40
VII. FUENTES JURIDICAS	42

I. ABREVIATURAS

ACNUR	Alto Comisionado de las Naciones Unidas por los Refugiados
CDFUE	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CE	Comunidad Europea
CEDH	Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales
DIH:	Derecho Internacional Humanitario
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos
LOEx	Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social
ONU	Organización de las Naciones Unidas
OUA	Organización de la Unidad Africana
TCE	Tratado de la Comunidad Europea
TL	Tratado de Lisboa
TFUE	Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TEDH	Tribunal Europeo de los Derechos Humanos
UE	Unión Europea

II. RESUMEN

El presente trabajo trata de analizar la actual cuestión de las devoluciones ilegales de los emigrantes y de los refugiados que tratan de cruzar las fronteras europeas buscando protección, el marco legal internacional del refugiado y el carácter de norma imperativa del principio de no devolución.

Además, se estudia la jurisprudencia más relevante tanto del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos como del Tribunal de Justicia de Luxemburgo.

Se trata de ofrecer una visión de conjunto teórica y práctica del problema planteado, para lo cual es también conveniente hacer referencia a las reacciones de los estados europeos y de la Unión Europea frente al creciente flujo migratorio consecuencia del conflicto sirio, y las dudas sobre la legitimidad de algunos acuerdos, como el suscrito entre Turquía y Unión Europea.

Finalmente, analizando los problemas planteados en la zona mediterránea, se aclararán las razones por las que Italia y España han sido condenadas por organismos internacionales y europeos por una supuesta mala gestión del fenómeno migratorio y mala práctica de las devoluciones de los ilegales.

Palabras clave: asilados, devoluciones ilegales, principio de *non refoulement* refugiados

ABSTRACT

The following work tries to analyze an increasingly current phenomenon, that is, the illegal return of migrants and refugees who try to cross European borders, seeking protection. In particular, we will clarify what constitutes the refugees international legal framework, ie the rules and conventions that cover refugees under international law, as well as the *jus cogens* nature of the *non-refoulement* principle. In addition, we will try to understand what have been the most relevant developments in the case law of the European Court of Human Rights and, within the legal framework of the European Union, the Luxembourg Court of Justice. We will also deepen the reactions of the European States and the European Union to the growing migratory flow and the doubts about the legitimacy of some agreements, such as between Turkey and the European Union. Finally, by analyzing the problems raised in the Mediterranean area, we are going to clarify the reasons why Italy and Spain have been condemned by international and European organizations by reason of poor migration phenomenon management and the practice of illegal returns.

Key words: asylum seekers, illegal returns, non refoulement principle, refugees.

III. EL DESPLAZAMIENTO DE PERSONAS: LOS REFUGIADOS Y EL PRINCIPIO DE *NON REFOULEMENT*.

IV. 1. Introducción

La cuestión de las migraciones y de los desplazamientos de personas no constituye una novedad dentro del escenario internacional. Aun antes la segunda guerra mundial, los Estados europeos tuvieron que enfrentarse con un flujo importante de refugiados y esto llevó a la adopción de diferentes acuerdos internacionales. Sin embargo, como es bien sabido, hoy en día este tema se ha convertido en uno de los más urgentes y relevantes de la agenda europea.

En efecto, la Unión Europea (en adelante UE) está viendo cada vez más migrantes y potenciales refugiados que llegan a sus costas. Estamos siendo testigos de diferentes decisiones unilaterales adoptadas por los gobiernos nacionales con el fin de hacer frente a esta situación, entre las cuales encontramos prácticas de devoluciones ilegales, en buena parte debidas a la dificultad de gestionar el número elevado de personas que llegan a Europa, así como a determinadas orientaciones políticas. Como veremos más en detalle, estas prácticas están prohibidas de manera absoluta por el derecho internacional consuetudinario y por normas del derecho internacional de los derechos humanos. Por esta razón, algunos Estados más afectados por el fenómeno de que estamos hablando, como España, Grecia, y Italia, han sido condenados por algunos organismos institucionales como el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos y por organizaciones internacionales como el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, (en adelante ACNUR) o Amnistía Internacional. Mientras tanto el fenómeno migratorio sigue creciendo. Según ACNUR, durante los 10 primeros meses de 2016 al menos 3.740 migrantes y refugiados murieron en el intento de cruzar el Mar Mediterráneo. Frente a esta trágica situación, a pesar de las dificultades en diferenciar entre migrantes económicos y refugiados, dentro del abigarrado flujo migratorio que caracteriza nuestros días, los estados europeos tienen que efectuar un análisis profundo de cada situación, para no incurrir en violaciones del derecho internacional y europeo.

Pero la simple identificación de los migrantes no es suficiente: las autoridades deben tener en cuenta otros elementos fundamentales, como el riesgo de violación del derecho a la vida, el riesgo de tortura y otros malos tratos, el derecho del migrante a la vida familiar y privada, entre otros. Así, la expulsión de un grupo de individuos practicada por los estados puede llegar a constituir una medida colectiva que viola normas de *jus cogens* e inderogables conectadas a los derechos humanos si ignora otros elementos importantes que caracterizan la historia personal de cada individuo.

Como se indicó arriba, el objetivo de este trabajo es el de mostrar que las devoluciones, entregas informales o extradiciones, así como el cierre de las fronteras europeas en violación del marco legal que rige las migraciones y ampara los refugiados, no solamente son ilegítimas, sino que también comprometen negativamente los valores democráticos fundamentales que rigen en Europa desde el fin de la segunda guerra mundial.

En la primera parte de este TFM se analiza el marco internacional de los refugiados, teniendo en cuenta en particular el carácter de *jus cogens* del principio de no devolución. En continuación vamos a profundizar la aplicación del mismo principio en Europa y en particular en la UE, a través de la jurisprudencia de la Corte Europea de Estrasburgo y de la Corte de Justicia de la UE. Se analizan también las implicaciones jurídicas del acuerdo entra Turquía y la UE, así como las condenas sufridas por algunos Estados miembros por haber violado el principio de *non refoulement*.

Finalmente se aportan unas conclusiones personales, no sólo para dar cumplimiento a los requisitos formales de un estudio de este tipo sino para resaltar las ideas fundamentales que se han extraído.

IV.2. Marco legal internacional del refugiado

A fin de facilitar al lector la visión del complejo marco legal internacional para la protección del refugiado en general, ofrecemos un cuadro ilustrativo que recoge las principales normas que regulan la cuestión objeto de este trabajo.

Normas de Derecho Internacional:
<ul style="list-style-type: none"> • Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. • Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. • Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y la Convención de 1967. • Cuarto Convenio de Ginebra de 1949 y Protocolos adicionales I y II de 1977. • Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional de 1998 (art. 8(2)(b)(viii) y 8 (2)(e) viii).
Normas de Derecho Internacional de carácter regional:
<ul style="list-style-type: none"> • Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, de 1950. • Convención de la OUA de 1969 por la que se regulan los aspectos específicos de problemas de los refugiados en África. • Declaración de Cartagena de 1984. • Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas Inhumanas o Degradantes de 2002.
Soft law
<p>Informes del Alto Comisionado de Naciones Unidas ACNUR. Principios rectores de los desplazamientos internos, de 1998.</p>

La preocupación por el problema de los refugiados empezó a agitar el interés de la comunidad internacional ya en el seno de la Sociedad de Naciones que fijó la pauta de la intervención internacional en favor éstos lo que se plasmó en la adopción de varios acuerdos internacionales.

Esos instrumentos son los Acuerdos de 12 de mayo de 1926 y de 30 de junio de 1928, las Convenciones de 28 de octubre de 1933 y de 10 de febrero de 1938, el Protocolo de 14 de septiembre de 1939 y la Constitución de la Organización Internacional de Refugiados.

Las definiciones contenidas en esos instrumentos vinculan cada categoría de

refugiado a su origen nacional, al territorio del que salieron y a la falta de la protección diplomática de su país de origen. A través de ese tipo de definición por categorías, la determinación de quiénes eran refugiados era sencilla. Generalmente se denomina "statutory refugees" a las personas que responden a las definiciones establecidas por los instrumentos internacionales anteriores a la Convención de 1951.

Poco después de la segunda guerra mundial, el problema de los refugiados pone de relieve la necesidad de elaborar un nuevo instrumento internacional que incluyese una definición concreta de quienes pueden ostentar la condición de refugiados¹. Así, se adopta La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados en la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas el 28 de julio de 1951, entrando en vigor el 21 de abril de 1954.

El Convenio de 1951, define al refugiado como *cualquier persona que tiene fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, u opiniones políticas; se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o no quiere acogerse a la protección de ese país, o regresar a él a causa de dichos temores*². El convenio de 1951 respondía al deseo de los Estados de limitar sus obligaciones a las situaciones de refugiados que se sabía que existían o a las que pudieran surgir como consecuencia de acontecimientos ya ocurridos. Pero los hechos acaecidos en la escena internacional después de la descolonización hicieron sentir la necesidad de que las disposiciones contenidas en la Convención de 1951 no bastaban para la protección eficaz de los "nuevos refugiados". Por consiguiente, se elaboró un Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, que entró en vigor el 4 de octubre de 1967.

Al adherirse al Protocolo de 1967, los Estados se obligan a aplicar las disposiciones sustantivas de la Convención de 1951 a los refugiados definidos en la Convención, pero sin la fecha límite de 1951. Ambos instrumentos constituyen la regulación básica específica sobre la materia en derecho internacional y tratan de forma unitaria la definición del término refugiado, así como las condiciones de cesación y exclusión de la condición de refugiado, el estatuto jurídico de los refugiados en su país de asilo, sus derechos y obligaciones, incluido el derecho de ser protegido contra una expulsión o devolución a un territorio donde su vida o su libertad peligre, las obligaciones de los Estados, incluida la de cooperar con el ACNUR en el ejercicio de sus funciones y facilitar su tarea de supervisar la aplicación de la Convención. Un aspecto de gran importancia es el principio de *non refoulement* o principio de no devolución consagrado en el artículo 33 de la Convención de 1951³: *"Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o*

¹ ACNUR, Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el estatuto de los refugiados, HCR/IP/4/Rev.1, 1979. Disponible en <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7575.pdf>>. Último acceso, 8 de diciembre de 2016.

² Esta definición se refería solamente a personas considerada refugiadas como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1.º de enero de 1951.

³ El principio de no devolución se enuncia también, explícita o implícitamente, en la *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes* (art. 3), el *IV Convenio de Ginebra de 1949* (art. 45, pár. 4), el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (art. 7), la *Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas* (art. 8), y los *Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias* (principio 5), la Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos Humanos y de la Libertades Fundamentales (art. 3), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 22), la Convención sobre los refugiados de la OUA (art. II), y la Declaración de El Cairo

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”.

Este principio, como hemos comentado, está considerado como parte del derecho internacional consuetudinario, por lo que incluso los estados que no son parte en la Convención de 1951 tienen la obligación de respetarlo. De hecho, el ACNUR puede intervenir, incluso las personas confrontadas con una medida de devolución pueden recurrir a los mecanismos competentes de derechos humanos, como el Comité contra la Tortura⁴.

Junto con este instrumento de ámbito universal, existen otros de ámbito regional que regulan esta materia: así, la Convención sobre el Problema de los Refugiados en África, firmada por la Organización de Estados Africanos (en adelante OUA) en Addis Abeba en septiembre de 1969. La especialidad de esta Convención es la amplitud del término refugiado, ya que no sólo incluye a aquellos que reconoce la Convención de Ginebra, sino que también incluye a *aquella persona que sufriendo «una agresión, ocupación exterior, dominación extranjera o acontecimientos que lesionaran gravemente el orden público, en una parte o en la totalidad del país de origen o del país cuya nacionalidad ostente, se vea obligada a abandonar su residencia habitual para buscar refugio en otro país, fuera del país de origen o del país cuya nacionalidad tiene»*⁵. Esta definición incluye en consecuencia a los refugiados en masa, que son los producidos por este tipo de conflictos.

La Convención de la OUA recoge también en su artículo 2 el principio de *non refoulement*, pero con una innovación importante, es decir, no incluir excepciones a la aplicación del mismo. El apartado 4 de dicho artículo, establece que *en el caso de que un Estado no pueda continuar garantizando el asilo, éste deberá solicitar ayuda a través de la OUA al resto de Estados, para que, según establece el Convenio, en un espíritu de solidaridad y cooperación internacional, aligeren la carga del Estado en cuestión*. Además, hay que recordar la Declaración de Cartagena, aprobada en 1984, que solicitando la ratificación de la Convención de Ginebra de 1951 entre aquellos Estados que aún no la habían firmado, impulsa la adopción de normas internas que faciliten su aplicación. Se incluye en la definición a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.

Pero el derecho internacional de los refugiados forma parte de un mosaico más amplio que comprende el derecho internacional de los derechos humanos y el

sobre la protección de los refugiados y los desplazados internos en el mundo árabe (art. 2). ACNUR. 2001. *Guía sobre el derecho internacional de los refugiados*. Unión Interparlamentaria 1889. Disponible en <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2012/8951.pdf>>. Último acceso, 20 de noviembre de 2016.

⁴ El Comité contra la Tortura ("CAT" por sus siglas en inglés) es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (CCT) por sus Estados Parte.

⁵ Convención de la OUA por la que se regulan los aspectos específicos de problemas de los refugiados en África, Addis Abeba, 10 de septiembre de 1969. Serie de Tratados de las Naciones Unidas, 1, 14 691. Disponible en <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1270>>. Último acceso, 20 de noviembre de 2016.

derecho internacional humanitario. El derecho de los derechos humanos constituye el marco general en el que se inscriben las disposiciones del derecho de los refugiados. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁶ prohíbe, implícitamente, expulsar a una persona a un territorio donde podría ser sometido a tortura. Además, casi todas sus disposiciones se aplican a los no ciudadanos. En definitiva, el refugiado disfruta de dos conjuntos de derechos, los que emanan de la DUDH y los que emanan del derecho internacional humanitario (en adelante DIH) como el IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra y los Protocolos Adicionales I y II y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

El derecho internacional humanitario protege a las personas de los desplazamientos y mientras estos están teniendo lugar, siempre y cuando no participen directamente en las hostilidades. De hecho, el DIH tiene un papel fundamental en la prevención de los desplazamientos, porque lo prohíbe a menos que resulte necesario por razones militares o para proteger a la población civil. Por lo que se refiere a las normas que protegen a la población civil, la infracción de esas normas constituye una causa de los desplazamientos de personas, como, por ejemplo: el ataque a la población civil o a sus bienes por las partes en un conflicto armado y los métodos de combate indiscriminados que puedan tener un impacto adverso en los civiles. Entre otras normas cuyo respeto previene el desplazamiento se encuentra también la prohibición de destruir, sin motivos militares válidos, bienes indispensables para la supervivencia de la población como las cosechas, las unidades sanitarias, las instalaciones y reservas de agua potable, las centrales de energía eléctrica y las viviendas.

Entre el derecho humanitario y el derecho de los derechos humanos, debemos mencionar a la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes⁷, que confiere protección contra la devolución de una persona a un país donde haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura. Esta disposición es absoluta, a diferencia de la Convención de 1951, que exige que la protección esté ligada al temor de persecución por razones específicas. Esta Convención no contiene ninguna suspensión de la obligación de no devolución y no excluye de su ámbito de aplicación a los responsables de delitos particularmente graves u otras personas que no merecen protección.

De importancia capital nos parece la Convención sobre los Derechos del Niño, que se aplica a todos los niños sin discriminación, incluidos los niños refugiados y solicitantes de asilo. La Convención prevé de manera específica que cada niño que solicita la condición de refugiado debe beneficiarse de protección y asistencia humanitaria en el disfrute de los derechos enunciados en esta Convención y en otros tratados en el que el Estado es parte.

⁶ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, 999 U.N.T.S. 171. Entró en vigor el 23 de marzo de 1976. Disponible en <<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>>. Último acceso, 20 de noviembre de 2016.

⁷ Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984, 1465 U.N.T.S. 85. Entró en vigor el 26 de junio de 1987. Disponible en <<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CAT.aspx>> Último acceso, 20 de noviembre de 2016.

Para los desplazados internos no existe ningún instrumento jurídico equivalente a la Convención de 1951. No obstante, como hemos señalado antes, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho de cada país son el arma más valiente para hacer valer sus derechos. Además, le son de aplicación el derecho internacional humanitario y los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos.

Finalmente, en relación con el "derecho de asilo", los instrumentos internacionales que hacen referencia a esto son la Declaración Universal de Derechos Humanos⁸ y la Declaración sobre Asilo Territorial de la Asamblea General de Naciones Unidas, adoptada mediante la Resolución 2312 (XXII) el 14 de diciembre de 1967. En particular, la Declaración Universal de Derechos Humanos establece en su artículo 14 el derecho a *buscar* asilo y a disfrutar del mismo. Este artículo no está reconociendo el derecho de asilo de los individuos como derecho humano, es decir, se reconoce el derecho a buscar asilo, pero no el derecho a obtenerlo. Por lo tanto, en atención a este derecho, la obligación de los Estados consistirá en una obligación de no hacer, de no impedir que dichas personas busquen asilo. De otra manera, sí puede considerarse que existe para el individuo el derecho a presentar una demanda de asilo⁹. Esta concepción del derecho de asilo como derecho del Estado, ha sido también confirmada por la Declaración sobre Asilo Territorial. Esta misma Declaración, haciendo también referencia al artículo 14 de la Declaración de Derechos Humanos, recoge lo que sería en líneas generales el contenido del derecho de asilo, pero sin dar una definición concreta del mismo. Es importante añadir que, entre los elementos definidores del asilo recogidos en la Declaración sobre el Asilo, el único que es de obligado cumplimiento para los Estados es el principio de *non refoulement* recogido en el artículo 3. Sin embargo, la obligatoriedad de dicho principio no viene impuesta porque el mismo haya sido recogido en esta Declaración, sino porque, como vamos a analizar sucesivamente, constituye una obligación de derecho internacional consuetudinario, creada por la práctica de los Estados cristalizada en esta Declaración y a continuación en la Convención de Ginebra¹⁰.

IV.3. El principio de no devolución y su carácter de norma de *ius cogens*

El principio de *non refoulement* o principio de no devolución constituye la piedra angular de la protección internacional de los refugiados y como hemos

⁸ Adoptada mediante Resolución de la Asamblea General 217 A (III) de 10 de Diciembre de 1948. Disponible en [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/217\(III\)&Lang=S&Area=RESOLUTION](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/217(III)&Lang=S&Area=RESOLUTION). Último acceso, 25 de noviembre de 2016.

⁹ Carrascosa González J., Fernández Arribas G. 2007. *Asilo y refugio en la Unión Europea*. Ed. Comares, Granada 2007, pp. 12-13. Recordamos que la mayoría de los derechos esenciales para la protección de los refugiados coincide con los derechos fundamentales consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948: derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona, derecho a buscar asilo y a disfrutar de él, garantía contra la tortura, las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, garantía contra la esclavitud y la servidumbre, reconocimiento de la personalidad jurídica, libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, garantía contra las detenciones y los arrestos arbitrarios, garantía contra las injerencias arbitrarias en la vida privada, la familia y el domicilio, libertad de opinión y de expresión, derecho a la educación, derecho a tomar parte en la vida cultural de la comunidad.

¹⁰ Pastor Ridruejo, J.A. *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. Ed. Tecnos, Madrid 2006, p. 236.

comentado viene recogido en el artículo 33.1 de la Convención de Ginebra. Consiste en la prohibición de devolución o expulsión del refugiado a un territorio en el que su vida o libertad corran peligro debido a motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas¹¹. Como tal, es vinculante para todos los Estados, incluyendo aquellos que aún no son parte de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967. Se trata, así, de una norma de *jus cogens*.

Existe práctica suficiente que sustenta este carácter vinculante, aparte de que en numerosas instancias los Estados han respondido a los representantes del ACNUR ofreciendo explicaciones o justificaciones en casos en que ha habido devolución o se pretendía devolver, y de esta forma implícitamente se ha ido reconfirmado su aceptación del principio¹².

Hay que recordar que de conformidad con el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969, una norma imperativa de derecho internacional general, o *jus cogens* es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter. El artículo 64 de la Convención de Viena de 1969 dispone que las normas imperativas de derecho internacional prevalecen también sobre los tratados existentes. Por otra parte, según Mariño Menéndez, nos encontramos ante una obligación *erga omnes*, cuya violación continuada por parte de un Estado podría dar lugar a la imputación de un crimen de derecho internacional¹³. Del mismo modo, este autor considera que esta obligación del Estado entraña también un derecho subjetivo para el particular, ejercitable frente al Estado sobre la base de una norma de Derecho Internacional general.

El apartado 2 del artículo 33 recoge una serie de excepciones, es decir casos en los que la norma no podrá ser invocada por un refugiado. Estas excepciones se aplicarán solamente en los supuestos en los que los refugiados sean considerados como un peligro para la seguridad del país, o constituyan una amenaza para la comunidad del mismo por haber sido objeto de una condena debido a la comisión de un delito grave. Sin embargo, dichas excepciones suponen un riesgo, ya que dejan un amplio margen de interpretación a los Estados, estableciéndose en todo caso ciertas garantías: de hecho, la expulsión por haber cometido un delito grave no puede ser automática, es decir, se debe comprobar que el individuo constituye

¹¹ El ACNUR es de la opinión de que esta prohibición consagrada en el Artículo 33 de la Convención de 1951 y que se complementa por las obligaciones de no devolución de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos, satisface estos criterios y constituye una norma de derecho internacional consuetudinario. 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*, 26 de enero 2007. Disponible en: <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7123.pdf?view=1>>. Último acceso, 26 de noviembre de 2016.

¹² *Declaración de los Estados Partes de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados* adoptada en la Reunión Ministerial de los Estados Partes del 12-13 de diciembre de 2001, HCR/MMSP/2001/09, 16 de enero de 2002, párrafo 4 del preámbulo.

¹³ MARIÑO MENÉNDEZ, F. M. 1995. El Asilo y sus modalidades en Derecho Internacional, en MARIÑO MENÉNDEZ, F. M., *Derecho de Extranjería, Asilo y Refugio*. Madrid, Instituto Nacional de Servicios Sociales, pp. 514-515. MARIÑO MENÉNDEZ (1995) considera que se trata de una «norma consuetudinaria autoejecutiva, es decir, completa y susceptible de producir efecto directo en el ordenamiento interno de todo Estado sin necesidad de que éste haya procedido a su incorporación o aplicación por vía de normas internas».

verdaderamente un peligro para la comunidad. Por otro lado, siempre se trata de una cuestión de proporcionalidad, siendo necesario tener en cuenta las consecuencias para el refugiado si regresa al país, en relación con el delito que cometió y con la amenaza que suponga para el país en el que se encuentre¹⁴. De todo modo las disposiciones del artículo 33 (2) de la Convención de 1951 no afectan las obligaciones de no devolución del país de acogida en virtud del derecho internacional de los derechos humanos, que no permite excepciones. Así, el país de acogida se le prohíbe expulsar a un refugiado si como resultado de esto se le expusiera, por ejemplo, a un peligro importante de tortura. Se aplican las mismas consideraciones con respecto a la prohibición de devolución a otras formas de daños irreparables. Específicamente, los Estados están obligados a no trasladar a ningún individuo a otro país si esto causara su exposición a graves violaciones de sus derechos humanos, en particular la privación arbitraria de la vida, o tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

En el artículo 3 de la Convención contra la Tortura de 1984, encontramos una disposición explícita de no devolución, que prohíbe la expulsión de una persona a un país donde haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura.

Las obligaciones de acuerdo con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, y según las interpreta el Comité de Derechos Humanos, también abarcan las obligaciones de no extraditar, deportar, expulsar o trasladar de cualquier otra forma a una persona del territorio, cuando haya sustanciales motivos para creer que existe un peligro real de daño irreparable. Así se contempla en los artículos 6 (derecho a la vida) y 7 (derecho a ser libre de tortura u otro trato o castigo cruel, inhumano o degradante) del Pacto, ya sea en el país al cual se va a efectuar el traslado o a cualquier país al cual la persona pueda ser enviada subsecuentemente.

La prohibición de devolver a la persona a un país donde se enfrentaría a un verdadero peligro de daño irreparable, como violaciones del derecho a la vida o el derecho a vivir libre de tortura o tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, no solamente se extiende a todas las personas que puedan estar en el territorio de un Estado o sujetas a su jurisdicción, sino que se aplica con respecto al país al cual se va a efectuar la deportación y a cualquier otro adonde la persona pueda ser enviada posteriormente. Se trata, es preciso repetirlo, de un principio inderogable que se aplica en todas las circunstancias, incluyendo el contexto de medidas para combatir el terrorismo y en tiempos de conflicto armado¹⁵.

La prohibición de tortura también es parte del derecho internacional consuetudinario, que ha alcanzado el rango de norma perentoria del derecho internacional, o *jus cogens*, imponiendo una prohibición absoluta a cualquier forma

¹⁴ Carrascosa Gonzales J., Fernandez Arribas G. *Op cit* p. 20.

¹⁵ Véase, por ejemplo, Comité contra la Tortura, caso *Agiza v. Suecia*, documento de la ONU CAT/C/34/D/233/2003, del 20 de mayo de 2005; Comité de Derechos Humanos, *Alzery v. Suecia*, documento de la ONU CCPR/C/88/D/1416/2005, 10 de noviembre de 2006; Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado, 28 de febrero de 2000, párrafo 154. Disponible en <<http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:ihrl/1570unhrc06.case.1/law-ihrl-1570unhrc06>>. Último acceso, 8 de diciembre de 2016.

de regreso forzado que es vinculante para todos los Estados, incluidos los que no son parte de los instrumentos pertinentes¹⁶.

La prohibición de la privación arbitraria de la vida, que también incluye una obligación inherente de no enviar a ninguna persona a un país donde se exponga a un verdadero peligro de sufrir tal trato, también forma parte del derecho internacional consuetudinario¹⁷. Por lo tanto, antes de aplicar cualquier medida de deportación, los Estados tienen el deber de cerciorarse que la persona a quien pretenden deportar de su territorio o jurisdicción no quedará expuesta al peligro de graves violaciones a sus derechos humanos como las mencionadas arriba. De existir tal peligro, el Estado debe descartar la expulsión forzosa de la persona en cuestión.

La importancia de este principio ha sido subrayada en el caso *Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia*: la Corte ha afirmado que un procedimiento que pueda resultar en la expulsión o deportación de un extranjero debe tener carácter individual, evaluando las circunstancias personales de cada sujeto, sin discriminar en razón de nacionalidad, color, raza, sexo, lengua, religión, opinión política, origen social u otro estatus, y observando las siguientes garantías mínima: 1) ser informado expresa y formalmente de los cargos en su contra y de los motivos de la expulsión o deportación; 2) en caso de decisión desfavorable, debe tener derecho a someter su caso a revisión ante la autoridad competente, presentarse o hacerse representar ante ella para tal fin, y 3) la eventual expulsión solo podrá efectuarse tras una decisión fundamentada conforme a la ley y debidamente notificada¹⁸.

Una pregunta fundamental es la de si el principio de *non refoulement* se aplica únicamente a los refugiados formalmente reconocidos o es más general. En principio, según lo que establece la Convención de Ginebra, podría entenderse que la norma se aplica únicamente a los reconocidos como refugiados según las provisiones de dicha Convención; sin embargo, la práctica de los Estados y la propia lógica del principio llevan su aplicación también a aquellos que no han sido reconocidos todavía como tales. Como señala Goodwin-Gill si tuviéramos en cuenta solamente los reconocidos como refugiados, sería imposible su aplicación en los casos en los que no existiera un procedimiento efectivo para el reconocimiento de la condición de refugiado y en los casos de afluencia masiva, pudiendo darse la

¹⁶ Véanse las decisiones del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia en *Fiscal v Delalic y otros*, Cámara de Tribunales, sentencia del 16 de noviembre de 1998, párrafo 454; Disponible en <<http://www.icty.org/x/cases/mucic/acjug/en/cel-aj010220.pdf>> , Último acceso 26 de noviembre de 2016. *Fiscal v. Furundzija*, Cámara de Tribunales, sentencia del 10 de diciembre de 1998, párrafos. 134–164. Disponible en < <http://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/en/fur-tj981210e.pdf> >. Último acceso, 8 de diciembre de 2016.

¹⁷ Véase Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 24: Cuestiones relacionadas con las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto o de sus Protocolos Facultativos, o de la adhesión a ellos, o en relación con las declaraciones hechas de conformidad con el artículo 41 del Pacto, documento de la ONU CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, 4 de noviembre de 1994, párrafo 8 (“...las disposiciones del Pacto que son de derecho internacional consuetudinario (y a fortiori cuando tienen el carácter de normas perentorias) no pueden ser objeto de reservas. Así pues, un Estado no puede reservarse el derecho de practicar la esclavitud, de torturar...”).

¹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia*. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Disponible en <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2013/9390.pdf>>. Último acceso, 22 de noviembre de 2016. En relación con lo anterior, la Convención Americana establece en su artículo 22.8 la prohibición de expulsión o devolución de cualquier “extranjero” a “otro país, sea o no de origen” en el cual “su derecho a la vida o a la libertad” estén “en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas”.

situación de devolución de estas personas a sus países de origen con anterioridad al examen de la solicitud de refugio o asilo¹⁹. Además, la aplicación de este principio fue sostenida por el Comité Ejecutivo de ACNUR en su conclusión núm. 6 sobre no devolución en 1977²⁰.

El segundo problema surge en relación a si la aplicación del principio se dirige únicamente a los que se encuentran en el territorio del Estado o también a aquellos que se encuentran en la frontera. La práctica internacional ha confirmado la aplicación de este principio también a aquellos que se encuentren en la frontera, es decir en el momento en que las personas que buscan asilo se presenten en la frontera de un territorio para entrar. A pesar de ello, actualmente la situación está cambiando debido a que es mayor el número de refugiados que se dirigen a las fronteras de los Estados en busca de protección. Es necesario señalar que en aplicación de lo anterior puede ocurrir que el envío a otro Estado, donde posiblemente no sufra ningún riesgo, pueda conllevar que éste sí reenvíe a estas personas al Estado de origen en el cual su vida o libertad sean en peligro, con lo que nos encontraríamos ante un *refoulement* indirecto. Para evitar este tipo de *refoulement* se deben tener en cuenta cinco condiciones: que se garantice una protección básica que conlleva la aplicación del principio de *non refoulement*, que el refugiado tenga acceso a los procedimientos internos para la determinación de la condición de refugiado; que existan posibilidades de asentamiento, y que se otorguen facilidades para una estancia temporal en el país y para el retorno voluntario al país de origen²¹.

Según ACNUR, *la obligación no está sujeta a restricciones territoriales: se aplica donde quiera que el Estado en cuestión ejerza jurisdicción. Cualquier interpretación que analice el alcance del artículo 33 (1) sin extenderlo a medidas a través de las cuales un Estado, actuando fuera de su territorio, de cualquier otra forma traslade a refugiados a un país donde se encuentren en peligro de persecución, sería fundamentalmente incongruente con el objeto y fin humanitario de la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967*²².

¹⁹ Goodwin-Gill G.S. y McAdam J. 2007. *The refugee in international law*. Oxford: Oxford University Press.

²⁰ El Comité Ejecutivo del ACNUR en su Conclusión No. 6 (XXVIII) No Devolución (1977), párrafo (c), reafirmó “la importancia fundamental de la observancia del principio de no devolución (...), de las personas que, reconocidas o no oficialmente como refugiadas, podían ser objeto de persecución si se las devolvía a su país de origen”. Las Conclusiones del Comité Ejecutivo del ACNUR están disponibles en <http://www.acnur.org/paginas/index.php?id_pag=36>. Último acceso, 30 de noviembre de 2016. El Comité Ejecutivo del ACNUR es un grupo intergubernamental que actualmente está compuesto por 70 Estados miembro de las Naciones Unidas (incluyendo los Estados Unidos) y la Santa Sede, que aconseja al ACNUR en el ejercicio de su mandato de protección. Aunque sus conclusiones no son formalmente vinculantes para los Estados, son importantes para la interpretación y aplicación del régimen de protección internacional de los refugiados. Las Conclusiones del Comité Ejecutivo del ACNUR constituyen expresiones de la opinión que son ampliamente representativas de la opinión de la comunidad internacional.

²¹ Carrascosa Gonzales J., Fernandez Arribas G. 2007. *Asilo y refugio en la Unión Europea*. Sevilla: Editoriales Comares. S.L., página 21.

²² 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, 26 de enero 2007.

Disponible en < <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7123.pdf?view=1>>. Último acceso, 8 de diciembre de 2016.

IV.4. El principio de no devolución en Europa

IV.4.1. Marco legal

Dentro del marco legal europeo destaca como norma aplicable a la cuestión que venimos tratando, el Convenio para la Protección de los Derechos y de las Libertades Fundamentales (en adelante CEDH), hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950²³.

En la Europa devastada por la Segunda Guerra Mundial empezaron a proliferar las iniciativas tendentes a la cooperación internacional en distintos sectores entre los Estados democrático-liberales en el convencimiento de que solamente así se habría podido garantizarse el desarrollo y el bienestar económico de los pueblos europeos, evitando lo que se había padecido en la primera mitad del siglo²⁴. En este contexto aparece el Consejo de Europa, cuyo Estatuto fue firmado en Londres el día 5 de mayo de 1949, y cuya obra fundamental es el CEDH.

En cuanto al principio que estamos analizando, podemos afirmar que de la interpretación de los artículos 2 y 3 del Convenio deviene la prohibición absoluta de devolución de un individuo que corra un grave riesgo de trato contrario a estas disposiciones. Como se puede ver, esta situación es diferente de la de riesgo de persecución basado específicamente en uno de los motivos recogidos en la Convención de Ginebra de 1951.

El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos ha sostenido que el artículo 3 del CEDH consagra uno de los valores fundamentales de una sociedad democrática y prohíbe en términos absolutos la tortura y los tratos o penas inhumanos o degradantes, independientemente de cuál sea la conducta o la posición de la víctima, y aun en caso de que sea peligrosa²⁵. En definitiva, no es necesario demostrar una persecución por una de las razones recogidas en la Convención de Ginebra de 1951 y no se prevén excepciones a la prohibición de expulsión. Por lo tanto, con arreglo al artículo 3, un Estado será considerado responsable cuando lleve a cabo una expulsión a pesar de la existencia de motivos serios para creer que

²³ Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, E.T.S. 213 y 222.

²⁴ ARNAIZ A. 2004. El convenio europeo de derechos humanos y la garantía internacional de los derechos (consulta: 7 de noviembre de 2016). Disponible en <<http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/19170/FCI-2004-7-saiz.pdf?sequence=1>>. Último acceso, 8 de diciembre de 2016.

²⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso *Saadi contra Italia* [GS], nº 37201/06. Sentencia de 28 de febrero de 2008, Disponible en <<http://www.duitbase.it/database-cedu/saadi-c-italia>> Último acceso, 8 de diciembre de 2016. En este asunto, el solicitante era un nacional tunecino condenado en rebeldía en Túnez a veinte años de prisión por pertenencia a organización terrorista. El solicitante también había sido condenado por conspiración en Italia por asociación de malhechores. El Tribunal consideró que la posibilidad de que el solicitante pudiera suponer una amenaza grave para la comunidad no reducía, en ningún caso, el riesgo de que pudiera sufrir daños en caso de expulsión. Por otra parte, en informes fiables sobre los derechos humanos se registraban malos tratos a los presos en Túnez, y en particular a los condenados por delitos terroristas. Las garantías diplomáticas aportadas no negaban este riesgo. Por lo tanto, el Tribunal consideró que existían motivos para creer que había riesgo real de que el solicitante fuera sometido a tratos contrarios al artículo 3 del CEDH si era expulsado a Túnez.

la persona expulsada se enfrentará a un riesgo real de ser sometida a tortura o a penas o tratos inhumanos o degradantes en el país de destino²⁶.

Según el CEDH, para evaluar una posible vulneración del artículo 3, puede ser preciso examinar cualquier protección que el Estado de acogida o sus organizaciones puedan proporcionar a la persona que va a ser expulsada. Existe una similitud entre el concepto de suficiencia de la protección en los casos de refugiados (que ya hemos explicado) y los asuntos relacionados con el artículo 3 del CEDH. De hecho, cuando el riesgo de la persona de sufrir a su vuelta alcance el nivel mínimo de gravedad necesario que supone una vulneración del artículo 3, se habrá necesariamente de aclarar si el Estado de acogida puede, tanto desde el punto de vista efectivo como en la práctica, proteger a esa persona del riesgo en cuestión. Además, cuando el Estado de acogida ofrece garantías, éstas no bastan por sí solas para asegurar una protección adecuada contra el riesgo de malos tratos, sino que es obligatorio examinar si la aplicación práctica de las garantías protege suficientemente a la persona afectada del riesgo de malos tratos.

El valor otorgado a las garantías dadas por el Estado de acogida dependerá en cada caso de las circunstancias existentes en el momento en que se lleva a cabo el análisis. Como analizaremos más en detalle, la cuestión previa para el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos es la de si la situación general de los derechos humanos en el Estado de acogida ofrece buenas garantías. En general, el Tribunal comenzará evaluando la calidad de las garantías ofrecidas y posteriormente, a la luz de las prácticas del Estado de acogida, determinará si son fiables; al hacerlo, el Tribunal también tendrá que tomar en consideración los diferentes elementos surgidos en la jurisprudencia reciente.

Finalmente, tanto el Derecho de la Unión Europea (en adelante UE) como el CEDH prohíben las expulsiones colectivas. Una expulsión colectiva es considerada cualquier medida que obligue a unas personas a abandonar un territorio en calidad de grupo, sin que esta decisión se base en un examen razonable y objetivo de la situación particular de cada persona. En particular, el artículo 4 del Protocolo N° 4 del Convenio prohíbe las expulsiones colectivas. En virtud del CEDH, los Estados tienen derecho a controlar la entrada, la residencia y la expulsión de los extranjeros, sin embargo, los Estados han de respetar las obligaciones impuestas por los tratados, incluido el CEDH, existiendo, como vamos a profundizar, una amplia jurisprudencia sobre las circunstancias en que los derechos cualificados pueden actuar como obstáculos a la expulsión²⁷.

IV.4.2. Marco jurisprudencial: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) tiende a examinar los asuntos relacionados con el principio de *non refoulement* en el sentido del artículo 2 o del artículo 3 del CEDH, dependiendo de las circunstancias

²⁶ Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Consejo de Europa. 2014. Manual de Derecho europeo sobre Asilo, Fronteras y Inmigración. Luxemburgo. Disponible en <http://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_asylum_SPA.pdf>. Último acceso, 26 de noviembre de 2016..

²⁷ Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Consejo de Europa. 2014. Manual de Derecho europeo sobre Asilo, Fronteras y Inmigración. Luxemburgo. Disponible en <http://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_asylum_SPA.pdf>. Último acceso, 26 de noviembre de 2016..

particulares y del riesgo que corre la persona o al que se enfrenta, en el caso de ser deportada.

La diferencia fundamental entre estos dos artículos del CEDH radica en que en los asuntos que están conectados con el artículo 2, la perspectiva de muerte en caso de retorno debe ser prácticamente segura, mientras que en los relacionados con el artículo 3 tienen que existir motivos fundados para creer que la persona correría un riesgo real de ser sometida a tortura o a otras formas de malos tratos.

Por ejemplo, en el asunto *Al-Saadoon contra Reino Unido*, cuando las autoridades británicas que trabajaban en Iraq entregaron a civiles iraquíes a la administración penal de Irak en circunstancias en las que se enfrentaban a la pena capital, se consideró que el Reino Unido había vulnerado el artículo 3²⁸. El Tribunal no consideró necesario examinar también el asunto en el sentido del artículo 2 del CEDH o del Protocolo nº 13.

Así, el TEDH se centra en las consecuencias previsibles de la expulsión de una persona al país de retorno propuesto. El Tribunal analiza las circunstancias personales del interesado, así como las condiciones generales del país: si presenta una situación de violencia generalizada o conflicto armado, si se cometen en él vulneraciones graves de los derechos humanos, etc. Incluso, si un individuo es miembro de un grupo sujeto a malos tratos sistemáticos, puede que no sea necesario aducir pruebas de factores de riesgo personal. En este sentido, en el asunto *Salah Sheekh contra Países Bajos*²⁹, el TEDH consideró que los miembros de los clanes minoritarios de Somalia eran un grupo que corría un riesgo específico de malos tratos; el elemento determinante fue si el solicitante habría podido obtener protección y reparación por los hechos cometidos contra él en el pasado en aquel país.

El TEDH estimó en este caso que no habría podido obtener protección ni reparación, pues, desde que él había huido de Somalia, la situación del país no había experimentado mejoras considerables. Además, no se podía pedir al solicitante que demostrase la existencia de características especiales que lo distinguieran individualmente para probar que había estado y seguía estando, en una situación personal de riesgo. El TEDH concluyó que su expulsión habría vulnerado el artículo 3 del CEDH. Hay que precisar que, en la mayor parte de los casos, una situación de violencia generalizada en un país no constituye una vulneración del artículo 3 del CEDH.

Sin embargo, cuando la violencia se produce con una intensidad suficiente, no es necesario que el interesado demuestre que se enfrentaría a una situación peor que otros miembros del grupo al que pertenece. Aunque en algunos casos, el individuo tiene que demostrar una combinación de factores de riesgo personal y riesgo de violencia generalizada, la única cuestión en la que parece que el Tribunal tiene que profundizar es en la de si existe un riesgo real y previsible de malos tratos contrarios al artículo 3 del CEDH.

²⁸ TEDH. Caso *Al-Saadoon y Mufdhi contra Reino Unido*, asunto nº 61498/08. Sentencia de 2 de marzo de 2010. Disponible en < <http://www.refworld.org/docid/4a5360060.html> >. Último acceso, 8 de diciembre de 2016.

²⁹ TEDH. Caso *Salah Sheekh contra Países Bajos*, asunto nº 1948/04. Sentencia de 11 de enero de 2007. Disponible en < <http://www.asylumlawdatabase.eu/en/content/ecthr-salah-sheekh-v-netherlands-application-no-194804-0> >. Último acceso, 8 de diciembre de 2016.

En el asunto *Sufi y Elmi contra Reino Unido*³⁰, el TEDH considero que el nivel y la intensidad de la violencia indiscriminada existente en Mogadiscio, Somalia, eran suficientes para constituir un riesgo real para la vida de cualquier civil que se encontrase allí. En particular, la situación de violencia en Mogadiscio era suficientemente intensa como para que el TEDH concluyese que cualquier persona repatriada correría un riesgo real de malos tratos contrarios al artículo 3 por la sola razón de estar presente en el país, a menos que se pudiera demostrar que estuviese tan bien relacionada con personas que tenían el poder en la ciudad como para obtener protección. La persona que va a ser expulsada puede también enfrentarse a riesgos de sufrir diferentes tipos de daños que pueden implicar un trato contrario al artículo 3 del CEDH: esto incluye las causas de riesgo que no emanan de agentes no estatales, de enfermedades o de las condiciones humanitarias del país.

En el asunto *D. contra Reino Unido*³¹, el Tribunal, examinando la expulsión de un enfermo terminal, estudió atentamente las circunstancias del solicitante, es decir, la retirada del tratamiento médico, la dureza de las condiciones en el país de retorno y la probabilidad de una muerte inminente. Llegó a la conclusión de que, en esas circunstancias tan excepcionales, la expulsión del solicitante constituiría una vulneración del artículo 3 del CEDH.

Sin embargo, sorprendentemente el Tribunal fijó un elevado umbral para igual tipo de situaciones en un asunto posterior, el caso *N. contra Reino Unido*³², donde se consideró que la expulsión de una mujer a Uganda no vulneraba el artículo 3 del Convenio, porque las pruebas disponibles demostraban que en el país de la solicitante existía una posibilidad de tratamiento médico y que en el momento de la expulsión la mujer no era una enferma terminal.

Hay que recordar que de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH, corresponde al solicitante presentar pruebas de la existencia de motivos fundados para considerar que su expulsión puede conllevar un riesgo real de sufrir tratos prohibidos por el artículo 2 o 3 del CEDH. Sin embargo, una vez presentadas tales pruebas, corresponde al gobierno aclarar cada duda que pueda surgir al respecto. El TEDH ha precisado que los solicitantes de asilo se encuentran a menudo en una situación particular que con frecuencia hace necesario concederles el beneficio de la duda al evaluar la credibilidad de sus declaraciones y de la documentación que aportan. Sin embargo, cuando falta información o cuando existen dudas razonables sobre la veracidad de las pruebas, el individuo debe dar una explicación satisfactoria.

³⁰ TEDH. Caso *Sufi y Elmi contra Reino Unido*, asunto nº 8319/07 y nº 11449/07. Sentencia de 28 de junio de 2011, párrs. 241 a 250 y 293.

Disponible en < <http://www.asylumlawdatabase.eu/en/content/ecthr-sufi-and-elmi-v-united-kingdom-application-nos-831907-and-1144907-0> >. Último acceso, 8 de diciembre de 2016.

³¹ TEDH. Caso *D. contra Reino Unido*, asunto nº 30240/96. Sentencia de 2 de mayo de 1997. Disponible en < <http://swarb.co.uk/d-v-the-united-kingdom-echr-2-may-1997/> >. Último acceso, 8 de diciembre de 2016.

³² TEDH. Caso *N. contra Reino Unido* [GS], asunto nº 26565/05. Sentencia de 27 de mayo de 2008. Disponible en < <https://www.escri-net.org/caselaw/2012/case-n-v-united-kingdom> >. Último acceso, 8 de diciembre de 2016.

En el asunto *Singh y otros contra Bélgica*³³, el Tribunal observó que las autoridades belgas habían rechazado los documentos de apoyo a la solicitud de asilo de unos nacionales afganos. Sin embargo, las autoridades no habían investigado la cuestión suficientemente, no comprobando la autenticidad de las copias de los documentos expedidos por la oficina del ACNUR en Nueva Delhi, que reconocían a los solicitantes la condición de refugiados. Por lo tanto, no llevaron a cabo un examen atento, correcto y riguroso de la solicitud de asilo tal y como se requiere en el artículo 13 del CEDH, con lo que vulneraron esta disposición en conjunto con el artículo 3.

De conformidad con la jurisprudencia del TEDH, las evaluaciones deben ser individualizadas y tomar en consideración todas las pruebas. Por ejemplo, que una persona haya sufrido persecución en el pasado puede constituir un indicio importante de un riesgo futuro, sin embargo, al evaluar el riesgo en caso de retorno, el TEDH ha tenido en cuenta las pruebas de la situación general del país. Además, el TEDH ha facilitado unas orientaciones sobre los tipos de documentación que se pueden considerar fiables al estudiar las condiciones del país, como informes del ACNUR y de las organizaciones internacionales de derechos humanos³⁴. Si el solicitante ya ha sido expulsado, el TEDH tendrá que estudiar si la información relativa al país demuestra que existen motivos fundados para creer que el solicitante podría sufrir malos tratos: en el caso *Muminov contra Rusia*³⁵, el solicitante era un ciudadano uzbeko que estaba cumpliendo una condena de cinco años de prisión en Uzbekistán tras haber sido extraditado por Rusia. El TEDH observó que, aunque no hubiera otra información fiable sobre la situación del solicitante tras su extradición aparte de su condena, los datos sobre los malos tratos generalizados a los convictos en Uzbekistán eran suficientemente creíbles para hacer que el Tribunal concluyera que se había vulnerado el artículo 3 del CEDH.

En los casos en que no existe riesgo de trato inhumano o degradante contrario al artículo 3, se suele invocar como protección contra la expulsión el derecho al respeto de la vida privada y familiar del artículo 8 del CEDH. En un asunto de carácter nacional, *EM Lebanon*³⁶, la *House of Lords* del Reino Unido declaró que, si existe una vulneración manifiesta de derechos cualificados no absolutos como los del artículo 8 del CEDH, que afecta a la esencia del derecho en cuestión, no es necesario evaluar la proporcionalidad. Los obstáculos a la expulsión también se pueden analizar en relación con una vulneración flagrante de los artículos 5 o 6 del CEDH en el país de acogida, como sucede, por ejemplo, cuando una persona corre el riesgo de ser objeto de una detención arbitraria sin ir a juicio o corre riesgo de prisión durante un periodo de tiempo considerable tras ser condenada en un proceso manifiestamente injusto. La carga de la prueba para el

³³ TEDH. Caso *Singh y otros contra Bélgica*, asunto nº 33210/11. Sentencia de 2 de octubre de 2012. Disponible en < <http://www.asylumlawdatabase.eu/en/content/ecthr-singh-and-others-v-belgium-application-no-3321011-2-january-2013> >. Último acceso, 8 de diciembre de 2016.

³⁴ TEDH. Caso *Sufi y Elmi contra Reino Unido*, asuntos nº 8319/07 y nº 11449/07. Sentencia de 28 de junio de 2011, párrs. 230 a 234. El tribunal no ha considerado fiables los informes procedentes de fuentes de información desconocidas y aquellos cuyas conclusiones contradicen a las de otros informes dignos de crédito. *Cit. supra* pié de página n. 30.

³⁵ TEDH. *Muminov v. Rusia*, Appl. no. 42502/06, Council of Europe: European Court of Human Rights, 11 December 2008, Disponible en <<http://www.refworld.org/docid/49413f202.html>>. Último acceso, 8 de diciembre de 2016.

³⁶ House of Lords. *Reino Unido, EM (Líbano) contra Secretary of State for the Home Department*, [2008] UKHL 64. Sentencia de 22 de octubre de 2008. Disponible en < <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200708/ldjudgmt/jd081022/leban-1.htm> >. Último acceso, 8 de diciembre de 2016.

demandante es elevada. En el caso *Othman (Abu Qatada) contra Reino Unido*³⁷, el TEDH estimó que, con toda probabilidad, las pruebas obtenidas mediante tortura a terceros se usarían contra el solicitante en un nuevo proceso y, en virtud del artículo 6 del CEDH, consideró que no podía ser expulsado a Jordania.

IV.5. El principio de no devolución en la Unión Europea.

IV.5.1. Marco legal

La regulación que del asilo se ha realizado en la Unión Europea ha evolucionado a lo largo de su historia, pasando de ser una competencia exclusiva de los Estados miembros en sus orígenes, hasta llegar al sistema común de asilo. El Tratado de Maastricht supone la inclusión por la primera vez de las materias de asilo e inmigración en los tratados de la Unión. Así, el nuevo Título VI dedicado a la Cooperación en asuntos de justicia e interior, recoge la regulación de determinados aspectos del asilo, concepto que continúa identificándose con el estatuto de refugiado. En el Tratado, sin embargo, no existía ninguna definición de lo que debía considerarse como interés común. Por otra parte, el Programa de Tampere, elaborado por el Consejo Europeo y celebrado en dicha ciudad los días 15 y 16 de octubre de 1999, represento un gran avance en la materia de asilo desde el punto de vista político³⁸. La principal aportación de Tampere consistió en señalar la necesidad de llevar a cabo una política común de asilo y de inmigración, basada en una serie de elementos que consisten en la colaboración con los países de origen, el trato justo a los nacionales de terceros países y la gestión de los flujos migratorios; todo esto dentro del objetivo de «lograr una Unión Europea abierta y segura, plenamente comprometida con las obligaciones que emanan de la Convención de Ginebra sobre el estatuto de los refugiados y otros instrumentos pertinentes en la materia de derechos humanos, y capaz de responder de forma solidaria a necesidades de tipo humanitario³⁹».

A la hora de crear un sistema común de asilo, las conclusiones de la Presidencia de ambos Consejos establecieron que éste estaría basado en la Convención de Ginebra, por lo tanto, tenemos de nuevo la referencia a esta Convención. Sin embargo, se produce una ampliación del principio de *non refoulement*, ya que las personas que estarán protegidas contra la devolución al país de origen serán no sólo aquellas perseguidas por los motivos establecidos en la Convención, sino cualquier persona que pueda ser objeto de persecución por motivos distintos a los recogidos en la misma. Para llevar a cabo este sistema común de asilo se establecieron en Tampere una serie de medidas a corto y a largo plazo. Las medidas que deberían llevarse a cabo a corto plazo son las incluidas en el Tratado de Ámsterdam en su artículo 63.1 y 2 TCE, y que consisten en la determinación del Estado responsable del examen de una solicitud de asilo, normas

³⁷ TEDH. Caso *Othman (Abu Qatada) contra Reino Unido*, asunto nº 8139/09. Sentencia de 17 de enero de 2012, párr. 233.

Disponible en < <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-139056&filename=001-139056.pdf>. >. Último acceso, 8 de diciembre de 2016.

³⁸ Junto a este programa de gran importancia, es necesario señalar a su sucesor, el Programa de la Haya, adoptado también por el Consejo Europeo y celebrado en la ciudad que lleva por nombre los días 4 y 5 de noviembre de 2004.

³⁹ Punto 4 de las Conclusiones de la Presidencia del Consejo. Disponible en < http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm >. Último acceso, 8 de diciembre de 2016.

comunes para un procedimiento de asilo eficaz y justo, condiciones mínimas comunes para la acogida de los solicitantes de asilo, y la aproximación de las normas sobre reconocimiento y contenido del estatuto de refugiado, incluyéndose también las medidas relativas a la protección subsidiaria. Por otro lado, las medidas a largo plazo, que constituirían la segunda fase del desarrollo de un sistema europeo común de asilo, y sobre las que se centra el Programa de la Haya, prevén el establecimiento de un procedimiento de asilo común y de un estatuto uniforme válido para toda la Unión⁴⁰. En particular, el artículo 78 del TFUE prevé que la UE tiene que desarrollar una política común de asilo, protección subsidiaria y protección temporal, que garantice el principio de no devolución. Esta política tiene que conformarse a la Convención de Ginebra de 1951 y su Protocolo y a los demás tratados pertinentes, como, entre otros, el CEDH, la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

En el marco de esta política se han adoptado medidas de competencia de la UE en materia de asilo que incluyen el Reglamento de Dublín (Reglamento UE 604/2013 del Consejo⁴¹), la Directiva sobre requisitos para el reconocimiento⁴², la Directiva sobre procedimientos de asilo (2013/32/UE⁴³) y la Directiva sobre condiciones de acogida (2013/33/UE⁴⁴). Todos estos instrumentos han sido revisados⁴⁵. La Directiva sobre requisitos para el reconocimiento, revisada en 2011, prevé dentro del Derecho de la UE un conjunto de normas comunes que deben cumplirse para obtener la condición de refugiado o persona necesitada de protección internacional. Ello incluye los derechos y deberes que conlleva esta protección: entre estos un elemento basilar es la no devolución con arreglo al artículo 33 de la Convención de Ginebra de 1951. Sin embargo, ni el artículo 33 de la Convención de Ginebra de 1951 ni los artículos 17 y 21 de la Directiva sobre requisitos para el reconocimiento prohíben de manera absoluta tal devolución. Sin embargo, estas provisiones permiten la expulsión de un refugiado en circunstancias muy

⁴⁰ Carrascosa Gonzales J., Fernandez Arribas G. 2007. Asilo y refugio en la Unión Europea. Sevilla: Editoriales Comares. S.L., página 81.

⁴¹ Unión Europea. Reglamento (UE) no 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (Texto refundido). *Diario Oficial de la Unión Europea L 180/31*, 29 de junio de 2013. Disponible en < <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32013R0604>>. Último acceso, 8 de diciembre de 2016.

⁴² Unión Europea. Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida (refundición), *Diario Oficial de la Unión Europea L 337/9*, 20 de diciembre de 2011. Disponible en < <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:337:0009:0026:ES:PDF>>. Último acceso, 8 de diciembre de 2016.

⁴³ Unión Europea. Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (refundición). *Diario Oficial de la Unión Europea L 180/60*, 29 de junio de 2013. Disponible en < <https://web.icam.es/bucket/ATT00131.pdf> >. Último acceso, 8 de diciembre de 2016.

⁴⁴ Unión Europea. Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (texto refundido). *Diario Oficial de la Unión Europea L 180/96*, 29 de junio de 2013. Disponible en < <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32013L0033> >. Último acceso, 8 de diciembre de 2016.

⁴⁵ Dinamarca, Irlanda y el Reino Unido no están obligados, o solo en parte, por la normativa de la UE en materia de asilo.

excepcionales, es decir, cuando constituye un peligro para la seguridad del Estado de acogida o cuando, por haber cometido un delito grave, supone un peligro para la comunidad.

Por lo que se refiere a la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, el artículo 18 garantiza el derecho de asilo, lo que incluye el respeto del principio de no devolución. El artículo 19 de la Carta establece que nadie puede ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes. Las Explicaciones sobre la Carta subrayan que el artículo 19.2 «incorpora la jurisprudencia pertinente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa al artículo 3 del CEDH». Así, en virtud del Derecho de la UE, cualquier forma de expulsión con arreglo a la Directiva sobre retorno (2008/115/CE) o traslado de una persona a otro Estado miembro de la UE con arreglo al Reglamento de Dublín tienen que realizarse de conformidad con el derecho de asilo y el principio de no devolución.

En el ámbito del Derecho de la UE, la Directiva sobre requisitos de reconocimiento protege contra la devolución. Por lo tanto, es importante aclarar cuando hay persecución. El artículo 9 de la Directiva prevé dos categorías de actos de persecución: a) actos suficientemente graves por su naturaleza o carácter reiterado como para constituir una vulneración grave de los derechos humanos fundamentales, en particular los derechos que no pueden ser objeto de excepciones al amparo del artículo 15. 2 del CEDH; b) una acumulación de varias medidas, incluidas las vulneraciones de los derechos humanos, lo suficientemente grave como para afectar a una persona de manera similar a la mencionada en la letra a). El artículo 9 de la misma Directiva especifica también que la persecución puede tener diferentes formas, que incluyen actos de violencia física o psíquica, medidas administrativas o legislativas (como, por ejemplo, las leyes que prohíben la homosexualidad) y «actos dirigidos contra las personas por razón de su sexo o por ser niños» (en este sentido se puede considerar que las víctimas de trata de seres humanos sufren persecución).

Las diferentes formas de persecución planteadas se pueden atribuir a uno de los cinco motivos de persecución previstos en la Convención de Ginebra de 1951: raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social y opiniones políticas. Estos cinco motivos de persecución se recogen en el artículo 10 de la Directiva, que en su versión refundida exige en manera específica que se tenga en cuenta la identidad de género a efectos de determinar la pertenencia a un determinado grupo social.

Las necesidades de protección de las personas que presentan solicitudes de asilo mientras se encuentran en el país de acogida («refugiados in situ») están amparadas por el artículo 5 de la Directiva, que se refiere a la cuestión del temor justificado de persecución o daños graves basado en hechos que se hayan producido con posterioridad a la partida del solicitante de su país de origen. Además, hay que recordar que no siempre las formas de persecuciones son individualizadas: de hecho la Directiva sobre requisitos de reconocimiento garantiza la «protección subsidiaria» a quienes no cumplen los requisitos para ser considerados refugiados, pero que, si fueran devueltos a su país de origen o a su antiguo lugar de residencia habitual, correrían un riesgo real de sufrir daños graves, como la pena de muerte o ejecución (artículo 15, a), la tortura u otras penas o tratos inhumanos o degradantes

(artículo 15, b) y amenazas graves e individuales contra la vida o la integridad física de un civil motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto armado internacional o interno (artículo 15, c).

Los principios aplicados con arreglo al Derecho de la UE y al CEDH presentan muchos tratos comunes en cuanto a la evaluación del riesgo en caso de retorno. Esto se puede atribuir al hecho de que las normas del acervo de la UE en materia de asilo derivan en gran medida de la jurisprudencia del TEDH y de las directrices del ACNUR⁴⁶. Uno de estos elementos se refiere a la necesidad de que las evaluaciones sean individuales y tengan en cuenta las últimas modificaciones de todas las disposiciones normativas, documentos y pruebas pertinentes, incluida la información sobre la situación en el país de origen.

Como hemos visto, en virtud del derecho internacional de los refugiados, cuando un solicitante de asilo declara que teme ser perseguido tiene derecho a que se le conceda la condición de refugiado, siempre que pueda demostrar un temor justificado de persecución por un motivo previsto en la Convención de Ginebra de 1951 y que la protección estatal sea insuficiente. Por lo tanto, según el Derecho de la UE, para decidir si el solicitante puede acceder a la condición de refugiado o a la protección subsidiaria se ha de tener en cuenta si en el país de retorno propuesto estará protegido frente al daño que teme. El artículo 7 de la Directiva sobre requisitos para el reconocimiento establece que «[l]a protección contra la persecución o los daños graves solo la podrán proporcionar [...] el Estado, o [...] partidos u organizaciones, incluidas las organizaciones internacionales, que controlan el Estado o una parte considerable de su territorio, siempre que quieran y puedan ofrecer protección [...]» que sea «efectiva y de carácter no temporal». En este sentido es necesario verificar si existen medidas adecuadas para prevenir la persecución, lo que incluye la puesta en funcionamiento de un sistema jurídico eficaz que permita identificar, perseguir y castigar a los culpables.

Además, si es verdad que, en el marco del Derecho de la UE, a un Estado miembro de la Unión se le puede permitir, por razones de protección internacional, expulsar a un solicitante a otro país para el examen de su solicitud, esto se puede efectuar solamente con la condición de que ese país se considere seguro y se respeten ciertas garantías. Hay dos situaciones en las que se presume la seguridad en otro país. En primer lugar, su legislación nacional tiene que cumplir una serie de requisitos recogidos en la Directiva sobre procedimientos de asilo: entre estos requisitos están que el solicitante de asilo sea admitido por el llamado "tercer país seguro", tenga la posibilidad de obtener protección y, si se considera que necesita protección internacional, sea tratado de acuerdo con la Convención de Ginebra de 1951⁴⁷. Es especialmente importante que los Estados garanticen que el repatriado no se enfrentará a una devolución posterior a un país no considerado seguro. En segundo lugar, podemos retener que los Estados que aplican el Reglamento de Dublín (Reglamento UE 604/2013), a saber, los 28 Estados miembros de la UE más Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza, son seguros.

⁴⁶ Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Consejo de Europa. 2014. Manual de Derecho europeo sobre Asilo, Fronteras y Inmigración. Luxemburgo <http://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_asylum_SPA.pdf>, página 79. Último acceso, 26 de noviembre de 2016.

⁴⁷ Artículo 38 Directiva 2013/32 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013 sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (refundición).

El Reglamento de Dublín prevé un mecanismo de determinación del Estado miembro competente para examinar las solicitudes de asilo, estableciendo una jerarquía de criterios para determinar las competencias a la hora de examinar las solicitudes de asilo presentadas en un Estado miembro de la UE por personas que después se han trasladado a otro. Existe la presunción *iuris tantum* de que todos los Estados que aplican el Reglamento de Dublín son seguros y respetan la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE y el CEDH. Uno de los criterios enumerados en el Reglamento de Dublín prevé que el Estado responsable de examinar la solicitud sea el de entrada en el espacio común (capítulo III del Reglamento de Dublín⁴⁸). También en este caso, los Estados se han de asegurar de que las personas no sean enviadas a Estados miembros de la UE cuyos sistemas de asilo y acogida presenten deficiencias. Por esta razón, a fin de evitar vulneraciones de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, puede ser que en algunos casos un Estado tenga que examinar una solicitud de asilo, aunque no le corresponda hacerlo de conformidad con el Reglamento de Dublín.

Como hemos visto antes, tanto el Derecho de la UE como el CEDH prohíben las expulsiones colectivas. En el marco del Derecho de la UE, las expulsiones colectivas son contrarias al artículo 78 del TFUE, que prevé que el acervo comunitario en materia de asilo sea conforme a los «demás tratados pertinentes», y están también prohibidas por el artículo 19 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE. Ambos, el Derecho de la UE y el CEDH reconocen que pueden existir obstáculos a la expulsión basados en los derechos humanos no absolutos y consideran que, se ha de conseguir un equilibrio entre los intereses públicos y los de las personas afectadas: Por ejemplo el del derecho a la vida privada o familiar puede incluir consideraciones relativas a la salud (física y psíquica) de una persona, el interés superior de los niños, el mantenimiento de la unidad familiar: de acuerdo con el Derecho de la UE, al ejecutar los procedimientos de retorno se han de tener en cuenta el interés superior del niño, el estado de salud de la persona afectada y el principio de no devolución (artículo 5 de la Directiva sobre retorno).

Finalmente, en el marco del Derecho de la UE, hay ciertas categorías de nacionales de terceros países, aparte de los que necesitan protección internacional, que gozan de un nivel más elevado de protección contra la expulsión. Entre ellos incluimos los que poseen la condición de residentes de larga duración, los nacionales de terceros países que son miembros de la familia de nacionales de la UE o del Espacio Económico Europeo (en adelante EEE) que han ejercido su derecho de libre circulación y los nacionales turcos. En particular los residentes de larga duración gozan de un grado de protección más elevado frente a la expulsión: esta se debe basar en una conducta de la persona que constituya una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública. Los individuos de cualquier nacionalidad que son miembros de la familia de nacionales del EEE incluidos los ciudadanos de la UE que están ejerciendo sus derechos de libre circulación, tienen un derecho de residencia que emana de la Directiva sobre libre

⁴⁸ Para determinar el Estado de entrada de una persona, se le tomarán las huellas dactilares a su llegada y se introducirán después en la base de datos Eurodac (véase el Reglamento UE 603/2013), a la que pueden acceder todos los Estados que aplican el Reglamento de Dublín. Disponible en < https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=DOUE-L-2013-81287>. Último acceso, 8 de diciembre de 2016.

circulación (2004/38/CE⁴⁹); además, los nacionales de terceros países que tienen estos vínculos familiares gozan de un nivel de protección contra la expulsión más elevado. En virtud de artículo 28 de la Directiva, solamente pueden ser expulsados por razones de orden público o seguridad pública. En el caso de los residentes permanentes, las mismas razones han de alcanzar el nivel de «motivos graves de orden público o seguridad pública». Además, las medidas deben ajustarse al principio de proporcionalidad, basándose exclusivamente en la conducta personal del interesado y representando una «amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad⁵⁰». Los Estados deben notificar su decisión a la persona afectada, y las razones en que se ha basado ésta (artículo 30). En cuanto a los nacionales turcos, el artículo 14.1 de la Decisión 1/80 del Consejo de Asociación establece que los nacionales turcos en ejercicio de los derechos previstos en el Acuerdo de Ankara pueden ser expulsados solamente por razones de orden público, seguridad pública o salud pública. El Tribunal ha aclarado que, ante una propuesta de expulsión, se han de aplicar los mismos criterios a un ciudadano turco establecido y con residencia en un Estado miembro de la UE que a un nacional del EEE. El Derecho de la UE impide la expulsión de un nacional turco si dicha expulsión se basa exclusivamente en consideraciones de prevención general, como disuadir a otros extranjeros, o cuando es el resultado automático de una condena penal.

IV.5.2. Marco jurisprudencial: el TJUE

Por lo que se refiere al marco jurisprudencial del TJUE, hay algunos asuntos que merecen de ser examinados, dentro del concepto de persecución y posible devolución. Por ejemplo, en los casos acumulados Y y Z⁵¹, se preguntó al TJUE a que definiera qué hechos podían constituir «acto de persecución» en el contexto de una vulneración grave de la libertad de religión de conformidad con los artículos 9.1, a) y 10.1 b) de la Directiva sobre requisitos de reconocimiento. El TJUE aclaró que una injerencia en la manifestación externa de la libertad de religión puede constituir un acto de persecución. En particular, la gravedad intrínseca de los actos, así como la gravedad de sus consecuencias en las personas afectadas determinan si la vulneración del derecho garantizado por el artículo 10.1 de la Carta constituye un acto de persecución en el sentido del artículo 9.1 de la Directiva. El TJUE considero asimismo que cuando las autoridades nacionales evalúan una solicitud de estatuto de refugiado de manera individual no se puede esperar que el solicitante de asilo renuncie a las actividades religiosas que puedan poner en peligro su vida en su país de origen.

⁴⁹ Unión Europea. Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. *Diario Oficial de la Unión Europea L158/77*, 30 de abril de 2004. Disponible en < <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:158:0077:0123:es:PDF> >. Último acceso, 8 de diciembre de 2016.

⁵⁰ Respecto de la noción de «amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad», véase TJCE, asuntos acumulados C-482/01 y C-493/01, [2004], Rec. I-05257. Caso *Georgios Orfanopoulos y otros y Raffaele Oliveri contra Land BadenWürttemberg*. Sentencia de 29 de abril de 2004, párr. 65 a 71. Disponible en < <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?docid=55412&doclang=EN> >. Último acceso, 8 de diciembre de 2016.

⁵¹ TJUE, asuntos acumulados C-71/11 y C-99/11 [2012]. Caso *República Federal de Alemania contra Y y Z*. Sentencia de 5 de septiembre de 2012, párr. 72 y 80. Disponible en < <http://www.asylumlawdatabase.eu/en/content/cjeu-c-7111-and-c-9911-germany-v-y-and-z> >. Último acceso, 8 de diciembre de 2016.

Por otra parte, por lo que se refiere a la protección subsidiaria, en el asunto *Elgafaji*⁵², que versaba sobre el retorno de un nacional iraquí a Irak, el TJUE examinó la concesión de esta forma de protección a un nacional iraquí que no cumplía los requisitos para ser considerado refugiado. El Tribunal basó su razonamiento en el significado de «amenazas graves e individuales contra la vida o la integridad física de un civil motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto armado internacional o interno» en el artículo 15, c) de la Directiva sobre requisitos para el reconocimiento. El Tribunal aclaró que el significado del artículo 15 c) de la Directiva posee su propia esfera de aplicación, diferente de las expresiones «pena de muerte», «ejecución» y «tortura o penas o tratos inhumanos o degradantes» utilizadas en el artículo 15 a) y b) de la Directiva.

Este artículo concierne el riesgo más general de sufrir daños relacionados con las circunstancias en que se encuentra el solicitante o con la situación general en el país de origen. Para que el solicitante pueda optar a la protección subsidiaria según el artículo 15 c), tiene que demostrar que le afectan factores particulares derivados de sus circunstancias personales o que se encuentra en una situación de violencia indiscriminada. Cuanto más el solicitante puede demostrar la existencia de factores específicos derivados de sus circunstancias personales, menor será el grado de violencia indiscriminada necesario para que pueda optar a la protección subsidiaria con arreglo al artículo 15 c). Sin embargo, en algunos casos excepcionales, el solicitante podrá obtener la protección subsidiaria cuando el grado de violencia indiscriminada de un conflicto armado alcance un nivel tan elevado que concurren motivos fundados para creer que, por su sola presencia en el país o la región de origen, puede enfrentarse a un riesgo real de amenazas.

Por lo que se refiere a la protección del Estado afectado (que nos interesa particularmente frente al carácter de *jus cogens* del principio de *non refoulement*), en el asunto *Salahadin Abdulla y otros*⁵³, el TJUE sostuvo que el Estado y las otras entidades que ofrecen protección con arreglo al artículo 7.1 de la Directiva sobre requisitos para el reconocimiento deben tener objetivamente un nivel razonable de capacidad y la voluntad necesaria para prevenir los actos de persecución. En particular tienen que adoptar las medidas adecuadas para prevenir la persecución mediante la puesta en marcha de un sistema jurídico eficaz accesible al interesado, con el fin de detectar, perseguir y castigar los actos de persecución. El Estado y las otras entidades que tienen que proporcionar protección han de cumplir ciertos requisitos precisos, como tener la autoridad, la estructura organizativa y los medios necesarios para mantener un nivel de derecho y orden mínimo en el país cuya nacionalidad posee el refugiado.

⁵² TJCE, C-465/07 [2009], Rec. I-00921. Caso *Meki Elgafaji y Noor Elgafaji contra Staatssecretaris van Justitie*. Sentencia de 17 de febrero de 2009, párrs. 35 a 39. Para cuestiones similares, véase TJUE, C-285/12 (pendiente). Caso *Aboubacar Diakité contra Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*, petición de decisión prejudicial del Consejo de Estado belga (Conseil d'État), presentada el 7 de junio de 2012. Disponible en < <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A62012CJ0285>>. Último acceso, 8 de diciembre de 2016.

⁵³ TJUE, asuntos acumulados C-175/08, C-176/08, C-178/08, C-179/08 [2010] I-01493. Caso *Aydin Salahadin Abdulla y otros contra Bundesrepublik Deutschland*. Sentencia de 2 de marzo de 2010. Disponible en < <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62008CJ0175> >. Último acceso, 8 de diciembre de 2016.

Como hemos visto, el principio de no devolución juega un papel importante también dentro del marco del Reglamento de Dublín. En los asuntos acumulados de *NS* y *ME*⁵⁴, el TJUE emitió una decisión preliminar para determinar si en ciertas circunstancias un Estado puede ser obligado a examinar una solicitud en virtud de la cláusula de soberanía del artículo 3.2, del Reglamento de Dublín, aunque, con arreglo a los criterios de Dublín, la responsabilidad sea de otro Estado miembro de la UE. El Tribunal aclaró que, al ejercer el poder discrecional que les otorga el artículo 3.2, los Estados miembros de la UE deben actuar en conformidad con los derechos fundamentales y los principios reconocidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE. Por lo tanto, cuando existan pruebas de deficiencias sistémicas en el procedimiento de asilo y las condiciones de acogida que pueden dar lugar a una vulneración del artículo 4 de la Carta (prohibición de la tortura), los Estados miembros no podrán trasladar a un solicitante de asilo al Estado miembro responsable en el sentido del Reglamento. Además, esto hace que el Estado miembro debe examinar los otros criterios del Reglamento y determinar si otro Estado miembro es responsable de examinar la solicitud de asilo. Si no es posible identificar a otro Estado miembro o para hacerlo se necesita un tiempo excesivo, el propio Estado miembro puede analizar la solicitud de conformidad con el artículo.

IV.6. La cuestión Siria: El acuerdo Turquía - Unión Europea y las dudas sobre su legitimidad

En el marco legal europeo que venimos examinando se encuentra el acuerdo sobre refugiados entre la Unión Europea y Turquía, *Eu-Turkey Joint Action Plan*, alcanzado el 18 de marzo 2016⁵⁵, calificado como “un día negro para la Humanidad” por Amnistía Internacional.

El acuerdo consta de tres elementos fundamentales: (a) por cada refugiado sirio devuelto de las islas griegas a Turquía, la UE aceptará en su territorio a un solicitante de asilo sirio de Turquía; (b) el acuerdo no se aplicará a otras nacionalidades; (c) determinadas ayudas a Turquía que incluyen: ayuda financiera extra de 3.000 millones a Turquía, exención de visados para viajar a la UE de ciudadanos turcos desde el 30 de junio, y aceleración de las negociaciones de adhesión de Turquía a la UE. La idea de este acuerdo es que se queden en Europa (a través de la Grecia) las personas que precisan de protección internacional y que regresen a Turquía las personas que no la necesiten. Sin embargo, según las estadísticas el 90% de las personas que llegaron a Grecia en diciembre provenían de Siria, Irak y Afganistán, es decir, los países que tienen altas tasas de reconocimiento entre las solicitudes de asilo. Además, el pacto conllevaría para los migrantes solicitantes de asilo nacionales de Turquía el que sus solicitudes se viesen sometidas al proceso de "fasttrack" (lo cual no implica la automática

⁵⁴ TJUE, asuntos acumulados C-411/10 y C-493/10. Caso *N.S. contra Secretary of State for the Home Department* y *M.E. y otros contra Refugee Applications Commissioner y Minister for Justice, Equality and Law Reform*. Sentencia de 21 de diciembre de 2011. Véase también, por lo que se refiere al TEDH. Caso *M.S.S. contra Bélgica y Grecia* [GS], asunto nº 30696/09. Sentencia de 21 de enero de 2011. Disponible en < <http://www.asylumlawdatabase.eu/en/content/ecthr-mss-v-belgium-and-greece-gc-application-no-3069609> >. Último acceso, 8 de diciembre de 2016.

⁵⁵ Disponible en <<http://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2016/03/18-eu-turkey-statement/>>. Último acceso, 8 de diciembre de 2016.

denegación de la solicitud, pero si aumenta la probabilidad de que se rechace) sobre la base de que pertenecen a un tercer país seguro. Por otra parte, en relación a las personas que no provengan de Turquía estas aplicaciones no serían rechazadas en base a que la persona no era un auténtico refugiado, sino a que ella podría haber solicitado protección de Turquía o que ya disponía de protección allí.

Sin embargo, desde la adopción del acuerdo se han multiplicado las dudas sobre su legitimidad. Como hemos profundizado, los países de la UE se rigen por la jurisprudencia del TEDH, que se puede pronunciar con carácter vinculante para los Estados miembros, en particular por lo que se refiere al principio de *non refoulement*. Por lo tanto, lo primero que tenemos que preguntarnos es si Turquía puede considerarse un País seguro, en particular en relación al principio de no devolución.

El artículo 38.1 de la Directiva Europea sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional aclara los requisitos para poder tener la consideración de "tercer país seguro" según la normativa europea, en particular cuando las autoridades competentes tengan la certeza de que el solicitante de protección internacional recibirá en el tercer país un trato conforme a los siguientes principios: a) su vida o su libertad no están amenazadas por razón de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social particular u opinión política; b) no hay riesgo de daños graves tal como se definen en la Directiva 2011/95/UE; c) se respeta el principio de no devolución de conformidad con la Convención de Ginebra; d) se respeta la prohibición de expulsión en caso de violación del derecho de no ser sometido a torturas ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes, establecido en el Derecho internacional; e) existe la posibilidad de solicitar el estatuto de refugiado y, en caso de ser refugiado, recibir protección con arreglo a la Convención de Ginebra. Asimismo, para la ONU, un refugiado sólo puede ser devuelto a un país de fuera de la UE, como Turquía, si se cumplen las siguientes condiciones: 1) si Turquía se asume la responsabilidad de tramitar la solicitud de asilo; 2) si el demandante queda excluido de la posibilidad de ser devuelto a su país de origen; 3) si la persona en cuestión puede pedir y, si se le concede, disfrutar del asilo de acuerdo con los estándares internacionales, y tiene pleno acceso a la educación, el mercado laboral, la sanidad y la asistencia social.

En este sentido las características de Turquía son las siguientes: a) sabemos que Turquía ha ratificado la Convención de Ginebra de 1951 y el Protocolo de 1967, pero limita los solicitantes de asilo y su reconocimiento sólo a las personas procedentes de la Unión Europea, manteniendo una limitación geográfica a la aplicación de la Convención. Los sirios en este sentido son considerados un caso particular. De hecho, actualmente se les considera como huéspedes y están bajo un régimen de protección temporal. Además, los sirios tienen acceso a derechos limitados por lo que se refiere a la educación y al empleo en comparación con los solicitantes de asilo en el procedimiento habitual. Por lo tanto, los sirios que se encuentran en Turquía no tienen acceso a la protección prevista para los refugiados y consagrada por la Convención de Ginebra, por lo que sin dudas no se le podría considerar un tercer país seguro en virtud de la Convención.; b) Turquía debería respetar el principio de no devolución, sin embargo, hay informes que sugieren que Turquía se comprometió a la devolución a lo largo de los años 1990 y 2000⁵⁶.

⁵⁶ Peers S. 2016. The final EU/Turkey refugee deal: a legal assessment Disponible en: <<http://eulawanalysis.blogspot.it/2016/03/the-final-euturkey-refugee-deal-legal.html>>. Último acceso 16 de noviembre de 2016.

En noviembre y diciembre de 2015, *Human Rights Watch* y Amnistía Internacional denunciaron un fuerte aumento de las deportaciones⁵⁷. Además, el Alto Comisionado de la ONU para los refugiados, Filippo Grandi, durante un discurso ante la Eurocámara en Estrasburgo, se ha declarado “muy preocupado por cualquier acuerdo que implique el retorno indiscriminado de gente de un país a otro, y que no detalle las garantías de protección a los refugiados en virtud del derecho internacional”. Aún más crítica ha sido la organización *Human Rights Watch*, que ha subrayado que el acuerdo entre la UE y Turquía “contradice los principios de la UE que garantizan el derecho a pedir asilo y prohíben las expulsiones colectivas”; c) finalmente, Turquía tiene una bien conocida historia de duro tratamiento de los solicitantes de asilo y refugiados durante la detención: se han reportado diferentes episodios de tortura o tratos inhumanos o degradantes.

No nos sorprende que muchos autores concluyen que Turquía no cumple muchos de los requisitos para la designación como un tercer país seguro en virtud de la Directiva⁵⁸. Por otra parte, aunque es posible modificar la legislación por medio del artículo 78 (3) del TFUE, como medida de emergencia, no es de aplicación este artículo para la actuación conforme a la convención de Ginebra.

En conclusión, a pesar de que Turquía haya reconocido en sus leyes algunas medidas compatibles con la normativa de la UE sobre el asilo y haya ratificado la Convención de Ginebra, la efectiva implementación de estos derechos todavía tiene muchas carencias. El acuerdo entre la Unión Europea y Turquía de 18 de marzo de 2016 parece determinar un paso más en vaciamiento del derecho de asilo y refugio, así como del principio de no devolución. Se pone de manifiesto que la repuesta de la UE ante la crisis de refugiados no es otra que cerrar las fronteras, suponiendo una violación del sistema de protección internacional. Este sistema se basa en el cumplimiento por parte de los Estados de sus obligaciones legales frente a las personas en situación de riesgo, contraídas principalmente en virtud de los tratados y del derecho Internacional consuetudinario.

El Acuerdo, facultando para que desde 20 de marzo de 2016 todos los nuevos migrantes que pasen de Turquía a Grecia sean devueltos, tiene una finalidad evidente: desincentivar la huida de sirios, afganos, eritreos, iraquíes, malienses o pakistaníes a Europa, "informándoles" que van a ser devueltos a Turquía.

La UE de la justicia, la cooperación, la seguridad y la libre circulación de personas y supresión de fronteras del sistema Schengen, como vamos a ver en el próximo capítulo, no quiere refugiados en su territorio. Por ello, externaliza su política migratoria a Turquía, devolviendo a ese país, no sólo de inmigrantes económicos, sino también de los potenciales refugiados.

⁵⁷ Véase también <<https://www.hrw.org/es/news/2016/04/20/ue/grecia-los-abusos-marcen-las-primeras-deportaciones-turquia>>. Último acceso, 8 de diciembre de 2016.

⁵⁸ Peers S. 2016. The final EU/Turkey refugee deal: a legal assessment Disponible en <<http://eulawanalysis.blogspot.it/2016/03/the-final-euturkey-refugee-deal-legal.html>>. Último acceso, 16 de noviembre de 2016.

IV.7. La gestión de los flujos migratorios en Italia y en España

IV.7.1. El cumplimiento del principio de non refoulement en Italia: las sentencias *Hirsi Jamaa* y la sentencia *Khlaifia* del TEDH.

Como hemos aclarado hasta ahora, el principio de *non refoulement* ha sido consagrado en numerosos tratados internacionales, tanto conectados al derecho de los refugiados (artículo 33 de la Convención de Ginebra) como al derecho de los derechos humanos⁵⁹. Además, el principio ha sido extensamente reconocido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por el TGUE. Sin embargo, el abundante flujo de emigrantes que caracteriza la zona mediterránea desde muchos años y que sigue creciendo ha determinado en algunas ocasiones el cierre de las fronteras por estados como Italia y España, juzgadas responsables de violaciones del principio de *jus cogens*. Por eso es fundamental comentar un caso que se originó en una demanda contra Italia presentada por once nacionales somalíes y trece nacionales eritreos a la Corte de Estrasburgo⁶⁰.

IV.7.1.1. El asunto *Hirsi Jamaa*

En el asunto de referencia, ciertos emigrantes formaban parte de un grupo de unas doscientas personas que en 2009 abandonaron Libia a bordo de tres buques con el fin de alcanzar la costa italiana. Ellos se encontraban a 35 millas náuticas al sur de Lampedusa y fueron interceptados por tres naves de la policía italiana y el servicio de guardacostas. Sin embargo, los ocupantes de las embarcaciones interceptadas fueron transferidos a buques militares italianos y puestos de regreso a Trípoli.

Los demandantes aclaraban que durante ese viaje las autoridades italianas no les informaron de su destino real y no tomaron medidas para identificarlos; además, todos sus efectos personales, incluyendo sus documentos de identidad, fueron confiscados por los militares. A su llegada al puerto de Trípoli las mismas personas fueron entregados a las autoridades libias y dos de ellos murieron en circunstancias desconocidas después de los acontecimientos en cuestión.

Los demandantes contestaban que su retorno a Libia por las autoridades italianas había violado el artículo 3 del CEDU y el artículo 4 del Protocolo 4 del CEDU. También contestaban la falta de un remedio que cumpliera los requisitos del artículo 13 de la Convención, que habría determinado que sus quejas fueran examinadas por las autoridades italianas.

⁵⁹ Artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra la tortura; artículo 16.1 de la Convención internacional de Naciones Unidas para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas; artículo 22.8 de la Convención americana sobre derechos humanos; artículo 12.3 de la Carta africana de derechos humanos y de los pueblos; artículo 13.4 de la Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura; artículo 19.2 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea.

⁶⁰ TEDH. Caso *Hirsi Jamaa y otros contra Italia*, asunto nº 27765/09. Sentencia de 23 de febrero 2012. Disponible en < <http://www.asylumlawdatabase.eu/en/content/ecthr-hirsi-jamaa-and-others-v-italy-gc-application-no-2776509> >. Último acceso, 8 de diciembre de 2016.

El primer problema que se planteaba era si los solicitantes estaban, al momento de los hechos, bajo *jurisdicción* italiana en los términos del artículo 1 del Convenio⁶¹. El gobierno reconoció que los hechos habían tenido lugar a bordo de buques de guerra italianos, añadiendo que los demandantes no habían estado bajo su completo control, porque los barcos se habrían limitado a rescatar a personas en peligro en alta mar según las obligaciones del derecho internacional y a regresarlas a la costa libia (según un tratado suscrito entre Italia y Libia). La Corte afirmó que el ejercicio de la jurisdicción es normalmente territorial; sin embargo, los actos realizados por el Estado fuera de su territorio pueden constituir un ejercicio de jurisdicción cuando hay un control efectivo de una zona extraterritorial. Además, según la ley del mar, un buque en alta mar está bajo la jurisdicción exclusiva del Estado de su pabellón.

En el caso planteado los hechos habían tenido lugar a bordo de buques italianos bajo un control efectivo del personal militar italiano, por lo tanto, debía concluirse que los solicitantes estaban *de jure* y *de facto* bajo jurisdicción italiana. Lo que nos interesa más, es que los demandantes, apoyándose en el artículo 3 que prohíbe la tortura y los tratos inhumanos o degradantes, narraban de que habían sido expuestos al riesgo de estos tratos en Libia y en sus respectivos países de origen, Eritrea y Somalia, como resultado de haber sido devueltos (*refoulement indirecto*).

El Tribunal aclaró que la expulsión puede entrar en colisión con el artículo 3, y por tanto comprometer la responsabilidad del Estado, en aquellos casos en que existan fundadas razones para creer que la persona expulsada corre un riesgo real de ser sometido a un trato contrario al artículo 3 en el país receptor. En tales circunstancias, el artículo 3 implica la obligación de no expulsar a la persona a ese país (*Soering v. Reino Unido*, 7 de julio de 1989). Por lo tanto, aunque el Tribunal reconoció que los Estados que forman las fronteras exteriores de la UE experimentan dificultades para enfrentar a la creciente afluencia de inmigrantes y solicitantes de asilo, indicó que este hecho no puede dar una justificación a los Estados a fin de no cumplir con el artículo 3.

En cuanto a los riesgos sufridos por los demandantes en territorio líbico, el Tribunal declaró que no había distinción en ese país entre los emigrantes irregulares y solicitantes de asilo, siendo ambos tratados de una manera inhumana y corriendo peligro de ser devueltos a sus países de origen. El Tribunal declaró también que los Estados tienen la obligación de obtener información sobre el trato al que se exponen los emigrantes que esos Estados devuelven.

⁶¹ Este artículo prevé que los Estados deben garantizar los derechos reconocidos en el tratado a aquellas personas que estén bajo su *jurisdicción*. Arlettaz F. 2013. Expulsión colectiva de extranjeros en la jurisprudencia del TEDH: Comentario a *Hirsi Jamaa y otros v. Italia* (Gran Sala, Req. 27765/09, 23/02/2012). Zaragoza.

Disponible en: <http://catedrapsyd.unizar.es/observatorio-psyd/opina/expulsion-colectiva-de-extranjeros-en-la-jurisprudencia-del-tedh-comentario-a-hirsi-jamaa-y-otros-v-italia-gran-sala-req-27765-09-23-02-2012.html>. Véase también De Castro Sánchez C. 2013. Tribunal Europeo de Derechos Humanos – TEDH – Sentencia de 23.02.2012 (Gran Sala), *Hirsi Jamaa e.a. c. Italia*, 27765/09. Artículo 3 y 13 del CEDH; Artículo 4 del Protocolo N° 4 – Tortura y tratos inhumanos y degradantes – derecho a un recurso efectivo – prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 17 (n° 46), págs.: 1119–1133. ISSN 1138-4026.

Por otra parte, el tratado con Libia no justificaba de alguna manera la entrega de los demandantes, en la medida en que las reglas para el rescate de personas en el mar y las conectadas a la lucha contra el tráfico de personas imponen a los Estados la obligación de cumplir con las normas del derecho internacional de los refugiados, incluido el principio de *non-refoulement*.

Sobre el riesgo que enfrentaban los demandantes a ser repatriados a Eritrea y Somalia, donde fácilmente serían torturados y detenidos en condiciones inhumanas, el Tribunal consideró que cuando los solicitantes fueron transferidos a Libia las autoridades italianas debían haber sabido que no había suficientes garantías contra este riesgo. Así, hubo una doble violación del principio de *no refoulement*: los emigrantes devueltos fueron expuestos a tratos inhumanos en Libia y también fueron expuestos a ser entregados a sus países de origen, donde se enfrentarían a la misma situación. Los solicitantes también alegaron una violación del artículo 4 del protocolo 4 que prohíbe la expulsión colectiva de extranjeros. Según el Tribunal, la interpretación teleológica del artículo conduce a la conclusión de que, si esto debiera aplicarse sólo a las expulsiones colectivas del territorio nacional del Estado, un componente significativo de los flujos migratorios quedaría fuera del ámbito de protección. Por primera vez, la Corte admitió que el artículo 4 del protocolo 4 se aplica incluso a las acciones de entrega de los extranjeros a un tercer Estado llevadas a cabo fuera del territorio nacional. En el presente caso, el Tribunal aclaró que la transferencia de los demandantes a Libia se había hecho sin tener en cuenta las situaciones particulares de cada individuo y por ello causaba una violación del artículo 4 del protocolo 4.

Finalmente, los solicitantes alegaron una violación del artículo 13, que establece el derecho a un recurso efectivo ante los tribunales en caso de violación de los derechos reconocidos por la Convención, en relación con los artículos 3 de la Convención y 4 del protocolo 4. Por el Tribunal en el presente caso no había existido ninguna posibilidad para los demandantes de apelar a una autoridad nacional para desafiar, con efecto suspensivo, el procedimiento de expulsión, por lo tanto, el Tribunal declaró que hubo una violación del artículo 13.

En conclusión, la sentencia que hemos analizado resulta paradigmática. Por una parte, por ser la primera en la que el TEDH constata una violación frontal del artículo 4 del Protocolo 4 al CEDH por actos realizados fuera del territorio de un Estado parte en el Convenio; por otra parte, porque como observa De Castro Sánchez trata un tema fundamental en un momento como el actual, en el que la situación económica y política de los Estados Europeos puede tornarse en una pérdida de las conquistas alcanzadas a lo largo de tantos años en materia de derechos humanos⁶².

⁶² En este sentido, el juez PINTO DE ALBUQUERQUE (2012), señala que «el asunto *Hirsi* trata, por una parte, sobre la protección internacional de los derechos humanos y, por otra, sobre la compatibilidad de las políticas en materia de inmigración y de control de fronteras con el Derecho Internacional [...]» (Opinion Concordante du Juge Pinto de Albuquerque, *Arrêt Hirsi Jamaa et autres c. Italie* Requête n° 27765/09, *cit.*, p. 62). Disponible en <<http://www.asylumlawdatabase.eu/en/content/ecthr-hirsi-jamaa-and-others-v-italy-gc-application-no-2776509>>. Último acceso, 8 de diciembre de 2016.

IV.7.1.3. El asunto *Khlaifia*

Una de las sentencias del TEDH más reciente en la que el Tribunal se ha pronunciado sobre una vulneración alegada del artículo 4 del Protocolo n° 4 es la dictada en el caso *Khlaifia y otros c. Italia*, de 1 de septiembre de 2015 en la que el Tribunal considera que la necesidad de un recurso de carácter suspensivo se aplica no solo a las expulsiones que planteen quejas relativas a los artículos 2 y 3 del Convenio, sino también a las quejas relativas al artículo 4 del Protocolo n° 4. Por lo tanto, a pesar de la sentencia *Hirsi y Jamaa*, Italia ha sido condenada otra vez por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por detención ilegal y devolución sumaria y colectiva de varios emigrantes. En particular, el caso deriva de tres ciudadanos tunecinos, que alegaban que Italia había violado el artículo 3, 5 y 13 de la CEDU, y el artículo 4 de Protocolo n. 4. Los hechos ocurrieron en el 2011, cuando los aplicantes viajaron en un barco a través del Mar Mediterráneo y fueron interceptados por los buques italianos. Los emigrantes fueron trasladados en la isla de Lampedusa, y detenidos en el "Centro di Soccorso e Prima Accoglienza" (CSPA), in una área reservada a los nacionales tunecinos. Los solicitantes contestaban que habían sido detenidos en habitaciones superpobladas y sucias, sin ningún contacto con el exterior. El Tribunal encontró que efectivamente había habido un incumplimiento tanto del artículo 5 como del artículo 3 en relación con las condiciones de detención en la CSPA. El Tribunal consideró asimismo que los demandantes no tenían acceso a un recurso efectivo, lo que constituía una violación del artículo 13. No se les informó de los mecanismos judiciales disponibles; esos recursos sólo tenían por objeto cuestionar la legalidad de la medida, sin tener efecto suspensivo⁶³.

En relación al artículo 4 del Protocolo, se tomaron en cuenta varios factores: los procedimientos de expulsión eran "sintéticos" y tenían por objeto hacer cumplir los acuerdos bilaterales negociados con Túnez que no se hicieron públicos. En consecuencia, hubo un número significativo de ciudadanos tunecinos que fueron sometidos al mismo tipo de medida. Por último, los decretos de expulsión consistieron en documentos estandarizados, sin referencia a la situación particular de cada una de las personas expulsadas aparte de su identidad. Los demandantes también demostraron que no tenían la oportunidad de presentar sus casos ante las autoridades ni tenían acceso a un abogado. Por lo tanto, es fundamental subrayar que la mera identificación de los expulsados no es suficiente para abandonar la hipótesis de una expulsión "colectiva", no teniéndose en cuenta otros elementos, como el riesgo de violación del derecho a la vida, el riesgo de tortura y otros malos tratos, el derecho del emigrante a la vida familiar y privada, entre otros. Así, la expulsión de un grupo de individuos, aunque precedida por la identificación, puede llegar a constituir una medida colectiva si ignora otros elementos importantes que caracterizan la historia personal de los individuos.

En conclusión, con la sentencia *Khlaifia*, la Corte resaltó que el nivel de protección provisto por la Convención y el principio de *non refoulement* no debe caer durante la crisis humanitaria. En 2011/2012, Italia ya se había visto confrontada con una severa presión migratoria, lo que hizo que el Gobierno declarara el estado de emergencia y llamara a la solidaridad entre los Estados miembros. La Corte incluso

⁶³ Rita Gil A. 2016. Collective expulsions in times of migratory crisis: comments on the *Khlaifia* case of the ECHR Disponible en <<http://eumigrationlawblog.eu/collective-expulsions-in-times-of-migratory-crisis-comments-on-the-khlaifia-case-of-the-echr/>>. Último acceso, 22 de octubre de 2016.

señaló que era consciente de las dificultades con que se enfrentaban las autoridades italianas, como por ejemplo la falta de recursos y el elevado número de emigrantes.

Sin embargo, el Tribunal señaló expresamente que estas circunstancias no podían conducir a una disminución del nivel de protección otorgado por la Convención, especialmente en lo que respecta al artículo 3 y su carácter absoluto. Por lo tanto, en tiempos de crisis, parece que el único enfoque correcto debería ser un equilibrio adecuado entre la necesidad de respetar los Derechos Humanos y la de proteger la legislación y la política de inmigración del Estado, y también de la UE. Ese equilibrio se alcanza solo cuando todas las expulsiones vienen precedidas de un análisis individual de la situación particular de la persona expulsada.

La sentencia *Khlaifia* establece un mensaje claro: el nivel de protección otorgado por el CEDH no disminuye en momentos en que es más difícil para los Estados respetar plenamente sus obligaciones en materia de derechos humanos. Sin embargo, para que los Estados puedan mantener efectivamente el nivel garantizado por la Convención, en tiempos de crisis migratoria deben contar con la solidaridad con otros Estados, con el fin de compartir cargas entre los actores. Tal solidaridad, dentro de la UE, puede convertirse de hecho en la condición que permitirá a los Estados miembros respetar plenamente los derechos consagrados en la Convención Europea y evitar las condenas de los Estados frente a una extraordinaria presión migratoria.

IV. 7.2. El cumplimiento del principio de *non refoulement* en España.

IV.7.2.1. Ceuta y Melilla: análisis jurídico de la situación y condenas por organismos internacionales y europeos

Como ha ocurrido en Italia, la política española de gestión de la inmigración irregular interpreta a veces los flujos migratorios como una amenaza y los gestiona en clave de seguridad, reforzando instrumentos jurídicos para afrontar lo que se ha denominado “lucha” contra la inmigración irregular. Sin embargo, se transforma también en una lucha contra aquellas otras personas que huyen de la persecución o de situaciones de violencia indiscriminada⁶⁴. En la denominada “Frontera Sur” el Gobierno, a través de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en concreto de la Guardia Civil, lesiona los derechos fundamentales de personas especialmente vulnerables. Uno de los ejemplos más flagrantes son las denominadas “expulsiones o devoluciones en caliente”.

Con la expresión “expulsiones o devoluciones en caliente” se alude a la actuación de las Fuerzas y Cuerpo de Seguridad del Estado consistente en la entrega a las autoridades marroquíes de ciudadanos extranjeros interceptados por dichos Cuerpos en zona de soberanía española, sin cumplir las garantías internacionalmente reconocidas.

Teniendo en cuenta que la devolución se verifica prescindiendo del procedimiento legalmente establecido, la expresión “devoluciones o expulsiones en

⁶⁴ MARGARITA MARTÍNEZ E., JOSÉ MIGUEL SÁNCHEZ T. 2016. Devoluciones ilegales en la frontera sur. Análisis jurídico de las denominadas “devoluciones en caliente” (consulta: 27 de noviembre de 2016). Disponible en: <<http://eprints.ucm.es/28256/1/E%20print.%20DEVOLUCIONES%20ILEGALES%20EN%20LA%20FRONTERA%20SUR..pdf>>. Último acceso, 8 de diciembre de 2016

caliente” es aplicable tanto a las personas interceptadas saltando las vallas fronterizas que separan Ceuta y Melilla de Marruecos, que han accedido a estas ciudades por mar o han alcanzado alguna de las islas de soberanía española situadas frente a las costas de Marruecos. Otra variante de estas prácticas son las “devoluciones de nadadores”, que tienen lugar cuando se obliga a deshacer el camino a quienes intentando acceder han alcanzado aguas españolas, así como la devolución de personas que han accedido alguno de los islotes de soberanía española situados frente a la costa marroquí⁶⁵.

Las devoluciones en caliente son radicalmente ilegales a la luz de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social⁶⁶ y del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba su Reglamento⁶⁷, ya que son una práctica que no corresponde a ninguno de los procedimientos previstos en esta normativa: la denegación de entrada, la devolución y la expulsión.

Por lo que se refiere a la denegación de entrada, según el artículo 26 LOEx, “a los extranjeros que no cumplan los requisitos establecidos para la entrada, les será denegada mediante resolución motivada, con información acerca de los recursos que puedan interponer contra ella, plazo para hacerlo y autoridad ante quien deben formalizarlo, y de su derecho a la asistencia letrada, que podrá ser de oficio, y de intérprete, que comenzará en el momento mismo de efectuarse el control en el puesto fronterizo”. Por lo que se refiere a la expulsión, el artículo 53.1.a) LOEx establece como infracción grave el encontrarse irregularmente en territorio español por carecer de autorización para la estancia o residencia en España. Por último, artículo 58.3.b) LOEx recoge la figura de la devolución. Este precepto dispone que “no será preciso expediente de expulsión para la devolución de los extranjeros en los siguientes supuestos: (...) b) Los que pretendan entrar ilegalmente en el país” y el artículo 23.1.b) RLOEx que “se considerarán incluidos a estos efectos, a los extranjeros que sean interceptados en la frontera o sus inmediaciones”. Por su parte, el artículo 23.2 RLOEx establece que en estos supuestos “las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado encargadas de la custodia de costas y fronteras que hayan interceptado a los extranjeros que pretenden entrar irregularmente en España los conducirán con la mayor brevedad posible a la correspondiente comisaría del Cuerpo Nacional de Policía, para que pueda procederse a su identificación y, en su caso, a su devolución”. Por lo tanto, esta actividad administrativa es prevista en aquellos supuestos en los que el extranjero es interceptado en la frontera pretendiendo acceder a España por una zona no habilitada para ello. Por lo tanto, la legislación de extranjería no prevé la posibilidad de que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado expulsen a ciudadanos extranjeros que están bajo su custodia fuera del territorio español mediante vías de hecho: en estos supuestos la entrega a

⁶⁵ Uno de los primeros episodios de esta última modalidad fue el que tuvo lugar en la madrugada del martes 4 de septiembre de 2012 cuando la Guardia Civil entregó sin observar ningún procedimiento a las Fuerzas de Seguridad de Marruecos a las 73 personas subsaharianas que habían arribado días anteriores a la Isla Tierra.

⁶⁶ Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Boletín Oficial del Estado, 10, de 12 de enero de 2000. Disponible en < <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-544> >. Último acceso, 8 de diciembre de 2016

⁶⁷ Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009. Boletín Oficial del Estado, 13, de 30 de abril de 2011. Disponible en < <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-7703> >. Último acceso, 8 de diciembre de 2016

las autoridades de Marruecos mediante una mera vía de hecho vulnera frontalmente lo dispuesto en la legislación de extranjería.

Un argumento usado para justificar las denominadas “devoluciones en caliente” es el Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente, firmado en Madrid el 13 de febrero de 1992⁶⁸. Sin embargo, el Acuerdo no coincide con la legislación de extranjería en cuanto a su objeto de regulación. La legislación de extranjería establece los procedimientos en virtud de los cuales un ciudadano extranjero puede ser sujeto de salida coactiva de territorio, por el contrario, el Acuerdo se encarga de regular el modo como debe ejecutarse esa salida coactiva cuando el destino es Marruecos⁶⁹. La conclusión, por tanto, es que el Acuerdo hispano-marroquí de readmisión no justifica la aplicación de las “expulsiones en caliente” por no ser susceptible de excepcionar la aplicación de los procedimientos establecidos en la legislación de extranjería.

Es evidente que estas prácticas están condenadas a ser desautorizadas bien por el Tribunal Constitucional, por ser contrarias a la Constitución española (CE); bien por el TJUE, por ser contrarias a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea; bien por el TEDH, por ser contrarias a la CEDU; o bien por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, por ser contrarias al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Todos estos textos, cabe recordarlo, son de obligado cumplimiento para España y su contenido, garantías esenciales de los ciudadanos frente al ejercicio del poder, debe ser respetado por todos los poderes del Estado. La propia Constitución española evidencia la exigencia de una interpretación conforme de los derechos fundamentales con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y demás acuerdos internacionales que los despliegan y desarrollan (art. 10.2 CE). Si la Guardia Civil podría aprehender a una persona ya en territorio nacional o intentando acceder a él y entregarla, por la fuerza a las tropas auxiliares marroquíes, sin identificar a la persona, sin dar trámite audiencia, sin asistencia letrada, o sin posibilidad de control judicial de esa actuación, no enfrentamos con la consagración de la arbitrariedad del poder. Se produce la vulneración de principios fundamentales como son los principios de protección internacional y el de no devolución, así como la prohibición de expulsiones colectivas (la brutalidad de las fuerzas auxiliares marroquíes está sobradamente documentada).

Si se trasladan estas consideraciones a la legislación migratoria, es patente que la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, dedica todo su capítulo III a las garantías procedimentales respecto de cualquier decisión de retorno o expulsión. Así, se establece la obligación de documentación de cualquiera de estas decisiones (art. 12) y de la concesión del derecho efectivo a recurrir esta decisión ante una autoridad administrativa o judicial, incluyendo la

⁶⁸ Aplicación provisional del Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente, firmado en Madrid el 13 de febrero de 1992, publicado en BOE, núm. 100, de 25 de abril de 1992, páginas 13969 a 13970. Disponible en < Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros >. Último acceso, 8 de diciembre de 2016.

⁶⁹ Esta conclusión ya fue puesta de manifiesto por el Defensor del Pueblo en sus Informes Anuales 2009 y 2010 en relación con los procedimientos de aplicación del convenio hispano-francés.

posibilidad de suspensión temporal, con la debida asistencia lingüística y asesoramiento jurídico gratuito (art. 13⁷⁰).

Por lo que se refiere al derecho regional europeo de los derechos humanos, cabe recordar que el art. 13.1 CEDH establece "(...) la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la vulneración haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales", lo que hemos visto servir al TEDH para, en conjunción con el artículo 3 CEDH, garantizar este derecho en los procesos de expulsión, argumentando que las expulsiones por la vía de hecho imposibilitan el acceso a los procedimientos de extranjería y con ello a los expulsados se les priva de la posibilidad de impugnar la ilegalidad de su expulsión y la vulneración de sus derechos.

La necesidad de observar un mínimo procedimiento para poder devolver a una persona extranjera interceptada por fuerzas de seguridad españolas, también responde a las exigencias constitucionales, de la normativa de la Unión Europea y del derecho internacional de los derechos humanos. Como declaró en su visita a Melilla el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa, Nils Muiznieks, las devoluciones en caliente de inmigrantes en la frontera "no se ajustan a la legalidad internacional y legalizarlas pondría en riesgo el sistema de protección de asilo". Igualmente, las "expulsiones en caliente", en cuanto no individualizan, identifican y documentan a los ciudadanos extranjeros entregados a las autoridades marroquíes, también violan la prohibición de expulsiones colectivas que se establece en el ya mencionado art. 4 del Protocolo 4^o del CEDH y en el art. 19.1 CDFUE. Esta prohibición impide la pretensión de dar cobertura legal a este tipo de actuaciones mediante una reforma de la legislación de extranjería, ya que lo determinante de esta prohibición, tal como hemos analizado, interpretada por el TEDH en las Sentencia Hirsi Jamaa y otros c. Italia, no es que recaigan sobre un grupo más o menos numeroso de personas, sino que no se garantice la posibilidad de realizar alegaciones. Por último, esta normativa entra en abierta contradicción con el principio de no devolución: no podemos olvidar el contenido de las denuncias e informes de organismos internacionales de protección, que ponen en duda el respeto de Marruecos a los derechos humanos de las personas migrantes, especialmente cuando son de origen subsahariano.

Finalmente cabe recordar que el Gobierno español deberá dar explicaciones sobre las devoluciones en caliente en Melilla a la Corte Europea de Derechos Humanos. Después de recibir la posición de organismos internacionales, como Acnur y el Consejo de Europa, Estrasburgo ha solicitado a España su respuesta acerca de los dos casos de expulsiones inmediatas que están siendo estudiados por el Tribunal⁷¹. La corte europea ordenó en julio 2015 comunicar al Ejecutivo las denuncias contra España de dos migrantes que, según aseguran, vieron vulnerado su derecho a recurrir la expulsión colectiva que sufrieron el 13 de agosto de 2014⁷².

⁷⁰ La legislación española ha establecido, incluso en relación con la institución de la devolución –que configura como una medida de restauración de la legalidad migratoria que permite excepcionar la aplicación de un procedimiento sancionador más garantista- un procedimiento en que se exige que la decisión sea adoptada mediante resolución escrita del Subdelegado del Gobierno, o del Delegado del Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales, previa la observancia de las garantías de audiencia, asistencia jurídica gratuita y de un intérprete, si no comprende o habla las lenguas oficiales.

⁷¹ Vid: <http://www.eldiario.es/desalambre/Gobierno-explicaciones-Estrasburgo-devoluciones-caliente_0_460204099.html>. Último acceso, 8 de diciembre de 2016.

⁷² N.D. y N.T, de Mali y Costa de Marfil, respectivamente, acudieron al TEDH para denunciar la devolución en caliente de la que fueron objeto el 13 de agosto de 2015, según su testimonio. Con el El desplazamiento de las personas y el principio de no devolución

Una vez informado el Gobierno español, Estrasburgo ha recopilado las observaciones solicitadas por la defensa de los denunciantes, colaboradores del European Center for Constitutional and Human Rights, que incluye la posición sobre las devoluciones en caliente de organismos de derechos humanos como Amnistía Internacional, Acnur o el comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa. La intervención escrita del ACNUR ante Estrasburgo sigue la misma línea. La Agencia de la ONU sostiene que "la práctica de los rechazos en frontera y devoluciones en caliente de personas que podrían necesitar protección, sin haber estudiado sus casos individuales no concuerda con el principio de no devolución y la prohibición de expulsiones colectivas".

En conclusión, la pretensión de dar cobertura legal a las "expulsiones en caliente" a Marruecos choca en manera patente contra el muro de la Constitución española, la normativa de la Unión Europea y el derecho internacional de los derechos humanos.

Para finalizar y antes de exponer las conclusiones finales diremos que en el estudio realizado hemos podido observar que la teoría y la práctica no van siempre unidas, lo que se pone de manifiesto en especial con la jurisprudencia de los organismos internacionales y regionales europeos que se han ido mencionando.

Y así, del trabajo que presentamos, se destacan las siguientes reflexiones que desde un punto de vista personal vienen a realizar las principales ideas vertidas a lo largo de este Trabajo de Fin de Máster.

V. CONCLUSIONES

1) La crisis de asilo y refugio que vivimos en el momento presente ha puesto cada vez más contra las cuerdas a las instituciones y los Gobiernos europeos. Asistimos al hecho de numerosas muertes de personas que tratan de huir de su país de origen o de cruzar las fronteras europeas en busca de una vida mejor, en tanto que los estados tratan con dificultad de gestionar la peor crisis humanitaria de nuestros tiempos.

2) El marco internacional de la protección de los refugiados comprende tanto disposiciones de derecho internacional de los derechos humanos como disposiciones de derecho humanitario internacional. Con carácter general son aplicables la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, el IV Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, la

apoyo de los abogados colaboradores del European Center for Constitutional and Human Rights (ECCHR), Gonzalo Boye (España) y Carsten Gericke (Alemania), expusieron a la corte que ese día del verano pasado acudieron a la valla de Melilla desde Marruecos con la intención de llegar a España. Lograron superar parte del entramado fronterizo y aguantaron horas subidos a la valla más próxima a la ciudad autónoma, en territorio español. Tras horas en lo alto, los dos ciudadanos subsaharianos terminaron bajando de la valla por la escalera que les suministró la Guardia Civil. Abajo, los agentes españoles los entregaron a las fuerzas marroquíes, según queda reflejado en la decisión judicial de Estrasburgo. Nadie les preguntó su nombre. No los identificaron ni les ofrecieron el acceso a un abogado ni a un intérprete, como establecen diferentes acuerdos internacionales de los que España forma parte, como la Convención de Ginebra, y como marcaba la Ley de Extranjería vigente en ese momento, meses después reformada en un intento de amparar estas prácticas.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre 1948, y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales. La norma fundamental específica es la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados del 1951. Tanto unas como otras, en su interpretación, acogen el carácter de *ius cogens* del principio de no devolución.

3) El principio de *non refoulement* tiene como principal consecuencia la prohibición de devolución o expulsión del refugiado a un territorio en el que su vida o libertad corran peligro debido a motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas. Como tal, es vinculante para todos los Estados, incluyendo aquellos que aún no son parte de la Convención de 1951. Se trata de una norma parte del derecho internacional consuetudinario. La prohibición de tortura también es parte del derecho internacional consuetudinario, que ha alcanzado el rango de norma perentoria del derecho internacional, o *jus cogens*, imponiendo una prohibición absoluta a cualquier forma de regreso forzado al peligro de tortura que es vinculante para todos los Estados, incluidos los que no son parte de los instrumentos pertinentes

4) El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha examinado los asuntos relacionados con el principio de *non refoulement* en particular en el sentido del artículo 3 del CEDH, que prohíbe de manera absoluta la tortura y los tratos inhumanos y degradantes. Aparecen de fundamental importancia las circunstancias particulares y del trato al que la persona corra el riesgo de enfrentarse si es deportada. Aunque en algunos casos, el individuo tiene que demostrar una combinación de factores de riesgo personal y riesgo de violencia generalizada, la única cuestión que el Tribunal tiene que profundizar es si existe un riesgo real de malos tratos contrarios al artículo 3 del CEDH, como demostrado en el asunto *Sufi y Elmi contra Reino Unido*. En el asunto *D. contra Reino Unido* y en *N. contra Reino Unido* el Tribunal estudió atentamente las circunstancias de la expulsión del solicitante, es decir, la retirada del tratamiento médico, la dureza de las condiciones en el país de retorno y la probabilidad de una muerte inminente, preguntándose si existía una posibilidad de tratamiento médico. De esta manera el Tribunal ha ido construyendo una similitud entre el concepto de suficiencia de la protección en los casos de refugiados devueltos a su País de origen y los asuntos relacionados con el artículo 3 del CEDH.

5) Por lo que respecta a la Unión Europea se ha ido elaborando un derecho *ad hoc* de protección del refugiado, como es el Reglamento de Dublín (Reglamento UE 604/2013), la Directiva sobre requisitos para el reconocimiento (2011/95/UE), la Directiva sobre procedimientos de asilo (2013/32/UE) y la Directiva sobre condiciones de acogida (2013/33/UE). Dentro de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, el artículo 18 garantiza el derecho de asilo, lo que incluye el respeto del principio de no devolución. El artículo 19 de la Carta establece que nadie puede ser devuelto o expulsado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes.

6) Por lo que respecta a la jurisprudencia, el TJUE nos entrega los principios según los cuales los Estados miembros de la UE deben actuar, es decir en conformidad con los derechos fundamentales y los principios reconocidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE. Así, en el caso *Elgafaji* nos indica que, en algunos casos excepcionales, el solicitante podrá obtener la protección

subsidiaria cuando el grado de violencia indiscriminada de un conflicto armado alcance un nivel tan elevado que concurren motivos fundados para creer que, por su sola presencia en el país o la región de origen, puede enfrentarse a un riesgo real de amenazas. Por lo que se refiere a la protección del Estado afectado, en el asunto *Salahadin Abdulla y otros*⁷³, el TJUE sostuvo que el Estado y las otras entidades que ofrecen protección con arreglo al artículo 7.1 de la Directiva 2011/95/UE deben tener objetivamente un nivel razonable de capacidad y la voluntad necesaria para prevenir los actos de persecución. Finalmente, En los asuntos acumulados de *NS y ME* el TJUE ha aclarado que cuando existan pruebas de deficiencias sistémicas en el procedimiento de asilo y las condiciones de acogida que pueden dar lugar a una violación del artículo 4 de la Carta (prohibición de la tortura), los Estados miembros no podrán trasladar a un solicitante de asilo a otro Estado miembro.

7) A raíz de la crisis siria se ha adoptado recientemente un acuerdo entre Turquía y Unión Europea que parece ir en contra de la teoría y práctica anterior. De hecho, el acuerdo prevé que se queden en Europa (a través de la Grecia) las personas que precisan de protección internacional y que regresen a Turquía las personas que no la necesiten, considerando Turquía como "tercer país seguro". Sin embargo, para poder tener la consideración de "tercer país seguro" según la normativa europea, las autoridades competentes deben tener la certeza de que el solicitante de protección internacional recibirá en el tercer país un trato conforme al principio de no devolución de conformidad con la Convención de Ginebra y a la prohibición de expulsión en caso de violación del derecho de no ser sometido a torturas establecido en el Derecho internacional. En este sentido Turquía mantiene una limitación geográfica a la aplicación de la Convención de Ginebra y, además, los sirios que se encuentran en Turquía no tienen acceso a la protección prevista para los refugiados y consagrada por la Convención de Ginebra, por lo que sin dudas no se le podría considerar un tercer país seguro en virtud de la Convención.

8) A pesar de que la Unión Europea y sus estados miembros están luchando duramente para desarrollar una nueva política en materia de protección internacional que sea capaz de responder a los nuevos desafíos, nos resulta evidente el miedo que tiene el Europa a cambiar muchos de los paradigmas sobre los que se funda la política de asilo que se ha venido construyendo en los últimos años. Debido al miedo al cambio y la falta de previsión política, se siguen realizando operaciones de identificación precipitadas y división arbitraria entre los que tienen derecho a ser protegidos y los que no irán a beneficiarse de esta protección, actuando cada vez más violaciones sistemáticas de los derechos fundamentales de las personas involucradas.

9) No resulta posible ya, como parecen pretender los Gobiernos de Italia o España, utilizar atajos en abierta contradicción con la normativa nacional, europea e internacional, con el pretexto de mayor eficacia y eficiencia. En particular, la sentencias *Hirsi y Jamaa y Khlaifia* establecen un mensaje fundamental no solamente para Italia sino también para todos los Estados miembros: el nivel de protección otorgado por el artículo 3 del CEDH y el respecto del principio de *non refoulement* no disminuyen y no pueden ser dejados de lado en momentos en que

⁷³ TJUE, asuntos acumulados C-175/08, C-176/08, C-178/08, C-179/08 [2010] I-01493, *Aydin Salahadin Abdulla y otros contra Bundesrepublik Deutschland*, sentencia de 2 de marzo de 2010, cit. Disponible en < <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62008CJ0175>>. Último acceso 2 de diciembre de 2016.

es más difícil para los Estados respetar plenamente sus obligaciones en materia de derechos humanos. La necesidad de observar un mínimo procedimiento para poder devolver a una persona extranjera interceptada por fuerzas de seguridad españolas, también tiene que responder a las exigencias constitucionales, de la normativa de la Unión Europea y del derecho internacional de los derechos humanos. Las devoluciones en caliente de inmigrantes en la frontera en cuanto no individualizan, identifican y documentan a los ciudadanos extranjeros entregados a las autoridades marroquíes violan la prohibición de expulsiones colectivas que se establece en el ya mencionado art. 4 del Protocolo 4º del CEDH y en el art. 19.1 CDFUE.

10) En conclusión, mientras las personas siguen muriendo en el mar Mediterráneo, o encontrando muros hechos de alambre de espino a las fronteras, la Unión Europea tiene que despertarse y recordar que los valores sobre los que ha sido construida necesitan ser protegidos y fortalecidos. Vulnerar derechos humanos fundamentales no sólo pone en peligro a las víctimas de esta política, sino que, compromete la dignidad moral de nuestra sociedad, en cuanto constituye un atentado a los valores superiores de la Constituciones democráticas europeas y a los más elementales principios éticos en que se asienta nuestra cultura.

VI. BIBLIOGRAFIA

Doctrina

Libros:

Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Consejo de Europa. 2014. *Manual de Derecho europeo sobre Asilo, Fronteras y Inmigración*. Luxemburgo. Disponible en <http://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_asylum_SPA.pdf>

Arnaiz A. 2004. *El convenio europeo de derechos humanos y la garantía internacional de los derechos* (consulta: 7 de noviembre de 2016). Disponible en: <<http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/19170/FCI-2004-7saiz.pdf?sequence=1>>

Byrne R. Comité Húngaro de Helsinki. 2015. *The refugee law reader. Cases, documents, and materials*. Compilación de derecho de las personas refugiadas. Casos, documentos y materiales. Madrid.

Carrascosa González J., Fernandez Arribas G. 2007. *Asilo y refugio en la Unión Europea*. Granda: Ed. Comares.

Evans M.D. 2014. *International Law*. Oxford: Oxford University Press.

Favilli C. 2011. *Procedura e garanzie del diritto di asilo*. Milano: CEDAM.

Goodwin-Gill G.S. y McAdam J. 2007. *The refugee in international law*. Oxford: Oxford University Press.

Gortázar Rotaache C.J. 2013. Desarrollo progresivo en la UE de la protección internacional contra los tratos inhumanos: lecciones que nos deja Hirsi Jamaa y

Otros v. Italia (TEDH, 23 febrero 2012). En F. Gómez Isa, I. Enciso, y A. Emaldi (eds.) *Globalización y Derecho: Desafíos y tendencias. (Globalization and Law: Challenges and Trends)*. University of Deusto, Bilbao.

Gortázar Rotaeché C.J. 1997. *Derecho de asilo y 'no rechazo' al refugiado*. Madrid. Universidad Pontificia de Comillas: Dykinson.

Lauterpacht E. y Bethlehem D. 2010. El alcance y contenido del principio de no devolución. En Feller E., Türk V., y Nicholson F. (eds) *Protección de los Refugiados en el Derecho Internacional. Consultas Globales de ACNUR sobre Protección Internacional*, Icaria editorial: Barcelona.

Pastor Ridruejo, J.A. 2006. *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Ed. Tecnos: Madrid.

Pérez González C. 2012. *Migraciones irregulares y Derecho Internacional. Gestión de los flujos migratorios, devolución de extranjeros en situación administrativa irregular y Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia.

Urbina Briceño, A. 2012. *Derecho Internacional de los Refugiados*. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, Universidad Central de Venezuela.

Artículos de revista:

Allain J. 2002. The Jus Cogens Nature of Non-Refoulement. *International Journal of Refugee Law*, 13 (nº 4).

Arlettaz F. 2013. *Expulsión colectiva de extranjeros en la jurisprudencia del TEDH: Comentario a Hirsi Jamaa y otros v. Italia. (Gran Sala, Req. 27765/09, 23/02/2012)*. Zaragoza 2013. Disponible en <<http://catedrapsyd.unizar.es/observatorio-psyd/opina/expulsion-colectiva-de-extranjeros-en-la-jurisprudencia-del-tedh-comentario-a-hirsi-jamaa-y-otros-v-italia-gran-sala-req-27765-09-23-02-2012.html>>.

Arnaiz A. 2004. *El convenio europeo de derechos humanos y la garantía internacional de los derechos* (consulta: 7 de noviembre de 2016). Disponible en: <<http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/19170/FCI-2004-7-saiz.pdf?sequence=1>>

De Castro Sánchez C. 2013. Tribunal Europeo de Derechos Humanos – TEDH – Sentencia de 23.02.2012 (Gran Sala), Hirsi Jamaa e.a. c. Italia, 27765/09. Artículo 3 y 13 del CEDH; Artículo 4 del Protocolo Nº 4 – Tortura y tratos inhumanos y degradantes – derecho a un recurso efectivo – prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 17 (nº 46), págs.: 1119–1133. ISSN 1138-4026.

Esen S. 2016. *The principle of non refoulement as a constitutional right of asylum seekers in Turkey* (consulta: 18 de octubre de 2016). Disponible en: <<http://verfassungsblog.de/the-principle-of-non-refoulement-as-a-constitutional-right-of-asylum-seekers-in-turkey/>>.

Ferreira S. 2016. Migratory crisis in the Mediterranean: managing irregular flows. Stability, *International Journal of Security and Development*, 5 (nº 1).

Margarita Martínez E., José Miguel Sánchez T. 2016. *Devoluciones ilegales en la frontera sur. Análisis jurídico de las denominadas “devoluciones en caliente”* (consulta: 20 de noviembre de 2016). Disponible en: <<http://eprints.ucm.es/28256/1/E%20print.%20DEVOLUCIONES%20ILEGALES%20EN%20LA%20FRONTERA%20SUR..pdf>>.

Mariño Menéndez, F. M. 1995. El Asilo y sus modalidades en Derecho Internacional, en Mariño Menéndez, F. M., *Derecho de Extranjería, Asilo y Refugio*, Madrid, *Instituto Nacional de Servicios Sociales*.

Morgades Gil S. 2012. El funcionamiento efectivo de la política europea de asilo ante la garantía del derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes del CEDH. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 16 (nº 41).

Peers S. 2016. *The final EU/Turkey refugee deal: a legal assessment* (consulta: 16 de noviembre de 2016). Disponible en: <http://eulawanalysis.blogspot.it/2016/03/the-final-euturkey-refugee-deal-legal.html>.

Peral L. 2006. Límites jurídicos al discurso político sobre el control de flujos migratorios: non-refoulement, protección a la región de origen y cierre de fronteras europeas. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*. nº 11, Disponible en: <<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:bPnHVOkESGcJ:https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1446340.pdf+&cd=1&hl=it&ct=clnk&gl=it>>.

Rita Gil A. 2016. *Collective expulsions in times of migratory crisis: comments on the Khlaifia case of the ECHR* (consulta: 22 de octubre de 2016). Disponible en: <<http://eumigrationlawblog.eu/collective-expulsions-in-times-of-migratory-crisis-comments-on-the-khlaifia-case-of-the-echr/>>

Sy M. 2015. UNHCR and preventing indirect refoulement in Europe. *International Journal of Refugee Law*, 27 (nº 3), págs.:457-480.

Wet D. 2004. The prohibition of torture as an international norm of jus cogens and its implications for national and customary law. *European Journal of International Law*, 15, págs.: 97–121.

VII. FUENTES JURÍDICAS UTILIZADAS

I. Legislación

Tratados internacionales:

IV Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra. Disponible en <<https://www.icrc.org/spa/resources/documents/treaty/treaty-gc-4-5tdkyk.htm>>.

Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, de 10 de diciembre de 1984, 1465 U.N.T.S. 85. Disponible en

< <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CAT.aspx> >.

Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 28 de julio de 1951, 189 U.N.T.S. 150. Disponible en < <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CAT.aspx>>.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado en Roma, Italia el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional. A/CONF.183/9. Disponible en < <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2002-10139>>.

Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, de 4 de octubre de 1967, 606 U.N.T.S. 267. Disponible en < <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2001/0003>>.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, 999 U.N.T.S. 171. Disponible en < <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx> >.

Tratados regionales:

Convención de la OUA por la que se regulan los aspectos específicos de problemas de los refugiados en África, Addis Abeba, 10 de septiembre de 1969. Serie de Tratados de las Naciones Unidas, 1, 14 691. Disponible en < <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1270>>.

Convención americana sobre derechos humanos suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos (B-32), San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969. Disponible en < <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0001>>.

Declaraciones:

Declaración sobre Asilo Territorial de la Asamblea General de Naciones Unidas, 14 de diciembre de 1967, 2312 (XXII). Disponible en < [http://www.un.org/Docs/asp/ws.asp?m=A/RES/2312%20\(XXII\)](http://www.un.org/Docs/asp/ws.asp?m=A/RES/2312%20(XXII))>.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre 1948, 217 A (III). Disponible en < <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/> >.

Comisario para los Derechos Humanos:

Comisario de los Derechos Humanos, 'Recomendación del Comisario de los Derechos Humanos (01) 1 relativa a los derechos de los extranjeros que desean entrar en territorio de los Estados miembros del Consejo de Europa y a la aplicación de las decisiones de expulsión, de 19 de septiembre de 2001. Disponible en < <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>>.

Legislación europea:

Convenios europeos:

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, E.T.S. 213 y 222. Disponible en <

http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf>.

Convenio Europeo sobre Extradición, de 13 de diciembre de 1957, E.T.S. 24. Disponible en < <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1982-13611>>.

Acuerdo Europeo sobre Exención de Visados para los Refugiados, de 20 de abril de 1959, E.T.S. 31. Disponible en < https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1982-18378>.

Carta Social Europea, de 18 de octubre de 1961, E.T.S. 59 y 89. Disponible en < http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/cse.html>.

Carta Social Europea (revisada), de 3 de mayo de 1996, E.T.S. 163. Disponible en < <http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/PoliticaExteriorCooperacion/ConsejoDeEuropa/Documents/Carta%20Social%20Europea.pdf>>.

Acuerdo Europeo sobre la Transferencia de Responsabilidad con respecto a los Refugiados, de 16 de octubre de 1980, E.T.S. 107. Disponible en < <http://www.refugeelawreader.org/es/es/espanol/-72/-73/-74/tratados-regionales-b%C3%A1sicos/8703-acuerdo-europeo-sobre-la-transferencia-de-responsabilidad-con-respecto-a-los-refugiados,-de-16-de-octubre-de-1980,-e-t-s-107/file.html>>.

Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas Inhumanas o Degradantes, de 26 de noviembre de 1987, E.T.S. 126. Disponible en < <http://www.cpt.coe.int/lang/esp/esp-convention.pdf>>.

Legislación de la Unión Europea

Directivas:

Unión Europea. Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. *Diario Oficial de la Unión Europea* L158/77, 30 de abril de 2004. Disponible en < <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV%3A133152>>.

Unión Europea. Directiva 2001/55/CE del Consejo de 20 de julio de 2001 relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida. *Diario Oficial de la Unión Europea* L 212/12, 7 de agosto de 2001. Disponible en < <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:212:0012:0023:ES:PDF>>.

Unión Europea. Directiva 2011/95/UE del Parlamento y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida (refundición). *Diario Oficial de la Unión Europea* L 339/9, 20 de diciembre de 2011. Disponible en < <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:337:0009:0026:ES:PDF>>.

Unión Europea. Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (refundición). *Diario Oficial de la Unión Europea* L 180/60, 29 de junio de 2013. Disponible en < <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2013:180:0060:0095:ES:PDF>>.

Soft Law:

ACNUR, Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el estatuto de los refugiados, HCR/IP/4/Rev.1, 1979. Disponible en < <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7575.pdf>>.

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, 26 de enero 2007 (consulta: 22 de noviembre de 2016). Disponible en: <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7123.pdf?view=1>>.

Comité contra la Tortura, *Agiza v. Suecia*, documento de la ONU CAT/C/34/D/233/2003, 20 de mayo de 2005. Disponible en < Comité contra la Tortura, *Agiza v. Suecia*>.

Comité de Derechos Humanos, *Alzery v. Suecia*, documento de la ONU CCPR/C/88/D/1416/2005, 10 de noviembre de 2006. Disponible en < http://www.bayefsky.com/docs.php/area/jurisprudence/node/4/filename/sweden_t5_icpr_1416_2005>.

Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 20: artículo 7 (prohibición de tortura o tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes), 3 de octubre de 1992. Disponible en < <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1399.pdf?view=1>>.

Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 21: artículo 10 (tratamiento humano de personas privadas de su libertad), 10 de abril de 1992. Disponible en < <http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/Sgencom21.html>>.

Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 24: cuestiones relacionadas con las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto o de sus Protocolos Facultativos, o de la adhesión a ellos, o en relación con las declaraciones hechas de conformidad con el artículo 41 del Pacto, 4 de noviembre de 1994. Disponible en < <http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/Sgencom24.html>>.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado*, 28 de febrero de 2000. Disponible en < <http://www.cidh.org/countryrep/Canada2000sp/canada.htm>>.

Report to the Spanish Government on the visit to Spain carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, desde el 14 hasta el 18 July 2014. CPT/Inf (2015) 19 <http://www.cpt.coe.int/documents/esp/2015-19-inf-eng.pdf>, Disponible en < <http://www.cpt.coe.int/documents/esp/2015-19-inf-eng.pdf>>.

Resolución de la AGNU 428, 14 de diciembre de 1950. *Estatuto de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados*, Disponible en < <http://www.solidaritat.ub.edu/observatori/general/docugral/acnur.htm> >.

Legislación estatal

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Boletín Oficial del Estado, 10, de 12 de enero de 2000. Disponible en < <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-544>>.

Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009. Boletín Oficial del Estado, 13, de 30 de abril de 2011. Disponible en < <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-7703>>.

II. Jurisprudencia

Naciones Unidas

Comité contra la tortura:

S.S. *v. Netherlands*. Sentencia de 5 de mayo 2003. No 191/2001, U.N. Doc. CAT/C/30/D/191/2001. Disponible en < <http://www.refworld.org/docid/3f588eba3.html>>.

Saadia Ali v. Tunisia. Sentencia de 21 de noviembre 2008. No 291/2006, U.N. Doc. CCAT/C/41/D/291/2006. Disponible en < <http://hrlibrary.umn.edu/cat/decisions/291-2006.html>>.

Corte interamericana de derechos humanos:

Caso *Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia*. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Disponible en < <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2013/9390.pdf>>.

Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia:

Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia en *Fiscal v Delalic y otros*, Cámara de Tribunales. Sentencia de 16 de noviembre de 1998. Disponible en < <http://www.icty.org/x/cases/mucic/acjug/en/cel-aj010220.pdf>>.

Fiscal v. Furundzija, Cámara de Tribunales. Sentencia de 10 de diciembre de 1998. Disponible en < <http://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/en/fur-tj981210e.pdf> >.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso *D. contra Reino Unido*. Sentencia de 2 de mayo de 1997. Disponible en < <http://swarb.co.uk/d-v-the-united-kingdom-echr-2-may-1997>>.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso *Khlaifia e altri c. Italia*. Sentencia de 1 de septiembre 2015. Disponible en < <http://eumigrationlawblog.eu/collective-expulsions-in-times-of-migratory-crisis-comments-on-the-khlaifia-case-of-the-echr/>>.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª). Caso *K.A.B. v. Suecia*. Sentencia de 5 de septiembre de 2013. Disponible en <

<http://www.asylumlawdatabase.eu/en/content/ecthr-decision-kab-v-sweden-application-no-1729912-5-september-2013>>.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso *H. y B. v. Reino Unido*. Sentencia del TEDH de 9 de abril de 2013. Disponible en < <http://www.refworld.org/docid/5165b6764.html>>.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso *Singh y otros contra Bélgica*. Sentencia de 2 de octubre de 2012. Disponible en << <http://www.asylumlawdatabase.eu/en/content/ecthr-singh-and-others-v-belgium-application-no-3321011-2-january-2013> >.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso *Hirsi Jamaa y Otros v. Italia*. Sentencia de 23 de febrero de 2012. Disponible en << <http://www.asylumlawdatabase.eu/en/content/ecthr-hirsi-jamaa-and-others-v-italy-gc-application-no-2776509> >.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso *Othman (Abu Qatada) v. Reino Unido*. Sentencia del TEDH de 17 de enero de 2012. Disponible en < <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-139056&filename=001-139056.pdf>>.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso *Sufi y Elmi v. Reino Unido*, Sentencia del TEDH de 28 de junio de 2011. Disponible en << <http://www.asylumlawdatabase.eu/en/content/ecthr-sufi-and-elmi-v-united-kingdom-application-nos-831907-and-1144907-0> >.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso *M.S.S. v. Bélgica y Grecia*. Sentencia del TEDH de 21 de enero de 2011. Disponible en << <http://www.asylumlawdatabase.eu/en/content/ecthr-mss-v-belgium-and-greece-gc-application-no-3069609> >.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso *N. v. Suecia*. Sentencia de 20 de julio de 2010. Disponible en < <http://www.refworld.org/docid/4c4d4e4e2.html>>.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso *Al-Saadoon y Mufdhi contra Reino Unido*, Sentencia de 2 de marzo de 2010. Disponible en < <http://www.refworld.org/docid/4a5360060.html> >.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso *N.A. v. Reino Unido*. Sentencia de 17 de julio de 2008. Disponible en < <http://www.asylumlawdatabase.eu/en/content/ecthr-na-v-uk-application-no-2590407>>.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso *N. contra Reino Unido*. Sentencia de 27 de mayo de 2008. Disponible en < <https://www.escri-net.org/caselaw/2012/case-n-v-united-kingdom> >.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso *Saadi v. Italia*. Sentencia de 20 de febrero de 2008. Disponible en < <https://www.escri-net.org/caselaw/2012/case-n-v-united-kingdom> >.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso *Salah Sheekh v. Países Bajos*.

Sentencia del TEDH de 11 de enero de 2007. Disponible en < <http://www.asylumlawdatabase.eu/en/content/ecthr-salah-sheekh-v-netherlands-application-no-194804-0> >.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asuntos acumulados C-482/01 y C-493/01, [2004], Rec. I-05257, *Georgios Orfanopoulos y otros y Raffaele Oliveri contra Land BadenWürttemberg*. Sentencia de 29 de abril de 2004. Disponible en < <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?docid=55412&doclang=EN> >.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Caso *Meki Elgafaji y Noor Elgafaji contra Staatssecretaris van Justitie*. Sentencia de 17 de febrero de 2009. Disponible en < <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A62012CJ0285>>.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asuntos acumulados C-175/08, C-176/08, C-178/08, C-179/08 [2010] I-01493, *Aydin Salahadin Abdulla y otros contra Bundesrepublik Deutschland*. Sentencia de 2 de marzo de 2010. Disponible en < <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62008CJ0175> >.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asuntos acumulados C-411/10 y C-493/10, *N.S. contra Secretary of State for the Home Department y M.E. y otros contra Refugee Applications Commissioner y Minister for Justice, Equality and Law Reform*. Sentencia de 21 de diciembre de 2011. Disponible en < <http://www.asylumlawdatabase.eu/en/content/ecthr-mss-v-belgium-and-greece-gc-application-no-3069609> >.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asuntos acumulados C-71/11 y C-99/11 [2012], *República Federal de Alemania contra Y y Z*. Sentencia de 5 de septiembre de 2012. Disponible en < <http://www.asylumlawdatabase.eu/en/content/cjeu-c-7111-and-c-9911-germany-v-y-and-z>>.