

países. Las Directivas constituyen un marco dentro del que el legislador nacional tendrá márgenes para realizar propias políticas. El Tratado de Ámsterdam prevé, para la mayoría de las materias, la adopción de "normas mínimas" solamente. Además, el principio de la subsidiariedad pone límites a la reglamentación europea¹⁷. La Comisión Europea habla de un proceso en dos etapas: en un primer momento, se trata de encontrar un régimen "común" de asilo, y sólo más adelante, en un segundo momento, se puede pensar en un verdadero régimen unitario europeo. Este proceso se ubica naturalmente como parte de un proceso más vasto de la construcción comunitaria europea y será determinado por la velocidad con la cual se construirán en una forma u otra los futuros Estados Unidos de Europa.

Considerando que la materia de asilo y de refugio incluye conceptos concretos de solidaridad y de respeto de los Derechos Humanos, las decisiones substanciales que se tomarán en los próximos años indicarán los orientamientos del proceso político más amplio en cuanto a los valores elementales como guía en tal proceso.

¹⁷Tratado de Ámsterdam, art. 5.

CAPÍTULO XX

La protección internacional del derecho del refugiado a recibir asilo en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

María Teresa Gil Bazo*

*Doctora en Derecho Internacional
Representante ante la Unión Europea del Consejo Europeo
para Refugiados y Exiliados (ECRE) - Oficina Unión Europea*

I. INTRODUCCIÓN

El punto de partida de todo análisis sobre el derecho de asilo debe ser la consideración de que si bien el derecho a recibir asilo es el derecho más básico del refugiado, dicho derecho no aparece expresamente consagrada en ningún instrumento internacional de ámbito universal de protección de derechos humanos, incluida la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951¹.

Esta "ausencia" del derecho al asilo en los instrumentos de derechos humanos resulta sorprendente, toda vez que la institución del asilo es bien conocida y practicada desde el principio de la Historia. Desde el punto de vista del Derecho internacional, es importante notar que la protección frente a la persecución política aparece ya recogida en el Tratado de paz de Kadesh, concluido entre 1280 y 1269 a.C., entre el Faraón Ramsés II y Hatusil III, rey de los hititas. Este Tratado recoge la excep-

*Las opiniones expresadas en este artículo son las de la autora y no reflejan necesariamente las de la Organización.
¹ BOE n.º 252, de 21 de octubre de 1978; corrección de errores en BOE n.º 272, de 14 de noviembre de 1978.

ción del crimen político, al establecer que la extradición de personas que hubieran cometido crímenes políticos sólo se llevaría a cabo con la condición de que ni ellas ni sus familias fueran castigadas. Este Tratado contiene nueve artículos sobre extradición y constituye el primer antecedente documental sobre asilo conocido hasta la fecha².

En un momento en que la restricción en las políticas de inmigración y asilo se justifica por la imposibilidad de hacer frente a los desplazamientos humanos "masivos", es interesante notar que los movimientos de refugiados en masa han sido una constante histórica, aunque solamente desde finales de la I Guerra Mundial la cuestión relativa a su protección adquiere carácter internacional³. El marco tradicional de protección a través de los Estados individuales se demostró entonces inadecuado para dar solución a la situación de los refugiados en la primera parte del siglo XX. El rápido desarrollo de los controles migratorios al final de la I Guerra Mundial aumentó la dificultad de encontrar hogares permanentes para los refugiados, convertidos ya en millones, como consecuencia de los cambios políticos y sociales que afectaron al entero sistema estatal internacional. Es en el período de entreguerras cuando las crisis producidas por los desplazamientos masivos de personas a través de las fronteras europeas se convierten en un problema internacional y dan lugar a la respuesta de la Sociedad de Naciones. De este modo, los movimientos de refugiados del siglo XX se hicieron distintos de los anteriores al abandonar el ámbito nacional y convertirse en cuestiones internacionales⁴.

La Sociedad de Naciones, constituida en 1919 por 42 Gobiernos, como organización internacional destinada a la promoción de la cooperación internacional y el logro de la paz y la seguridad, recibió pronto la solicitud de hacerse cargo de la situación de los refugiados. De esta manera contribuyó a favorecer la implantación en la comunidad internacional de la idea de que los refugiados debían ser considerados una clase especial de inmigrantes y a que los Gobiernos empezaran a dar respuesta a su situación. A través del desarrollo del Derecho Internacional por medio de tratados estableciendo las obligaciones de los Estados con respecto a la protección de refugiados⁵, muchos países aceptaron

²Para una transcripción de los pasajes de dicho Tratado relativos a la extradición de refugiados a/desde Egipto y, a/desde el Reino de los hititas, así como de las disposiciones relativas al trato con extranjeros, véase PLAUT, W.G., *Asylum. A Moral Dilemma*. Westport, Connecticut, Londres: Praeger, 1995, pp. 145-147.

³AGA KHAN, S., "Legal problems relating to refugees and displaced persons", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, vol. I, n.º 149, 1976, p. 296.

⁴REALE, E., "Le droit d'asile", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, vol 63, n.º 1, 1938, p. 562. Sobre el problema de los refugiados rusos, búlgaros, armenios o asiro-caldeos, entre otros, véase TURPIN, J., *Nouveaux aspects juridiques de l'asile politique. Le litige Hongaro-Yugoslave devant la Société des Nations*. París: G.-P. Maisonneuve, 1937, op. cit., pp. 57-131.

⁵El primero de dichos tratados fue el "Acuerdo relativo a los refugiados rusos", adoptado el día 5 de julio de 1922. LNTS, 3/355, pp.237-242.

responsabilidades con respecto a ellos⁶. Surge así el Régimen Internacional de Protección de Refugiados.

Es precisamente en ese momento cuando el asilo se separa del Régimen Internacional de Protección de Refugiados: se concedió a este grupo de individuos derechos en el plano jurídico-internacional que antes no tenían, a la vez que se rechazó la obligación internacional expresa de conceder asilo, que es en realidad la premisa del disfrute de los demás derechos. Es precisamente la asunción de obligaciones con respecto a los refugiados lo que hizo que los Estados evitaran aceptar toda obligación expresa de conceder asilo, ante el temor de tener que admitir en sus territorios a grupos numerosos de personas con un estatus internacionalmente regulado. En el régimen anterior, por el contrario, los Estados acogían a los perseguidos por otros Estados precisamente porque no habían asumido compromisos formales en relación al trato que debían dispensarles.

Años más tarde, el nacimiento tras la II Guerra Mundial del régimen internacional de protección de los derechos humanos, vendrá a confirmar el *status quo*. La era de Naciones Unidas supondrá el asentamiento del régimen internacional de protección de refugiados nacido bajo los auspicios de la Sociedad de Naciones, así como la confirmación de su separación del asilo como institución. De hecho, el derecho a buscar asilo recogido en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 no ha tenido hasta la fecha desarrollo en instrumentos de derechos humanos jurídicamente vinculantes de ámbito universal.

Elo ha llevado a la afirmación por parte de algunos sectores de la doctrina de que la protección de refugiados no es, *strictu sensu*, protección de derechos humanos. Sin embargo, el desarrollo del régimen internacional de protección de los derechos humanos desmiente tal afirmación, como veremos a lo largo de las siguientes páginas.

En el ámbito de la Unión Europea, la Carta de Derechos Fundamentales promulgada en diciembre de 2000⁷ recoge en su articulado el derecho de asilo y el principio de no devolución en los siguientes términos: "Se garantiza el derecho de asilo dentro del respeto de las normas de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y del Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y de conformidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea" (artículo 18) y "nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes" (artículo 19). Si bien la Carta no goza todavía de

⁶SKRAN, C.M., *Refugees in Inter-War Europe. The emergence of a regime*. Oxford: Clarendon Press, 1995, p. 30.

⁷Publicada en DOCE n.º C 364/1, de 18 de diciembre de 2000.

carácter jurídico vinculante, la reforma de los Tratados por medio de una nueva Conferencia Intergubernamental en el año 2004 puede cambiar esta situación⁸. En todo caso, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se ha referido ya a ella como referencia a la hora de determinar la existencia de un principio general del Derecho comunitario (y como tal jurídicamente vinculante) con base en un derecho fundamental.

Por otra parte, el día 12 de septiembre de 2001 la Comisión de la Unión Europea (UE) adoptó una propuesta de Directiva sobre la definición de refugiado y sobre los beneficiarios de otras formas de protección internacional (y su estatuto)⁹. La adopción de la propuesta da contenido jurídico a la obligación recogida en los artículos 18 y 19 de la Carta anteriormente citados y desarrolla el artículo 63(1)(c) y (2)(a) del Tratado de la Comunidad Europea (TCE), que establece que el Consejo adoptará normas mínimas para la concesión del Estatuto de Refugiado a nacionales de terceros países y normas mínimas para conceder protección para las personas que por otro motivo necesitan protección internacional. Asimismo, desarrolla las pautas políticas adoptadas por el Consejo Europeo de Tampere en octubre de 1999, que determinó que el sistema europeo común de asilo debería incluir a corto plazo "la aproximación de las normas sobre reconocimiento y contenido del Estatuto de Refugiado" y que "debería también completarse con medidas relativas a formas de protección subsidiarias que ofrezcan un estatuto adecuado a toda persona que necesite esa protección" (Conclusión 14).

De esta forma se desarrolla en el ámbito de la UE un estatuto jurídico supranacional de protección para personas que si bien no entran en el ámbito de aplicación de la Convención de Ginebra, entran sin embargo en el ámbito de protección de otros tratados internacionales de derechos humanos, como el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950¹⁰, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966¹¹, o la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 1984¹².

⁸En el seno de la Conferencia Europea que prepara recomendaciones a la CIG de 2004 para la reforma de los Tratados se ha creado un grupo de trabajo (el Grupo de Trabajo II) para estudiar el estatus jurídico vinculante de la Carta. Véase el documento CONV 354-02, disponible en <http://www.european-convention.eu.int>.

⁹Propuesta de Directiva del Consejo, presentada por la Comisión, por la que se establecen normas mínimas sobre los requisitos y el estatuto al que pueden optar ciudadanos de países terceros y personas apátridas para ser refugiados o beneficiarios de otros tipos de protección internacional. COM(2001) 510 final.

¹⁰BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979.

¹¹BOE núm. 103, de 30 de abril de 1977.

¹²BOE núm. 268, de 9 de noviembre de 1987.

Ahora bien, ¿es posible afirmar que de este modo se establecen obligaciones jurídicas supranacionales para los Estados miembros de la UE o, por el contrario, dicha norma CE no es sino el desarrollo de normas ya existentes para los Estados en Derecho Internacional de los Derechos Humanos?

En mi opinión, la norma CE no supondría sino el desarrollo por medio de normas propias de la UE de las obligaciones preexistentes de los Estados miembros en Derecho Internacional público en materia de derechos humanos, y por lo tanto debe ser conforme a éstas¹³. Frente a la concepción clásica del régimen internacional de protección de los derechos humanos, en el que el refugiado carece de un derecho al asilo, en las siguientes páginas se muestra la existencia de un derecho de la persona a recibir, en casos determinados, protección permanente (es decir, asilo) a través de las normas que obligan a los Estados territoriales de acogida a la no devolución, expulsión o extradición, así como a la dispensa de un estándar mínimo de trato, precisamente definido por esas mismas normas de Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El análisis de la definición de "refugiado" en sentido amplio (es decir, tanto del concepto de refugiado según el artículo 1.A de la Convención de Ginebra como el de otras personas protegidas en virtud del Derecho Internacional de los Derechos Humanos) permite determinar en qué situaciones la persona tiene un derecho subjetivo a beneficiarse de dicha protección. El punto de partida de dicho razonamiento yace en la premisa, indiscutible a mi juicio, de que en el estado actual del Derecho Internacional el individuo es sujeto de derechos subjetivos internacionales.

II. EL INDIVIDUO COMO SUJETO DEL DERECHO SUBJETIVO AL ASILO EN EL ORDEN INTERNACIONAL

Toda afirmación relativa a la existencia de derechos individuales en el plano internacional exige un análisis del concepto de derecho humano subjetivo en Derecho Internacional.

Tradicionalmente se ha negado que el individuo fuera sujeto de Derecho Internacional, y por tanto, sujeto de obligaciones y derechos. Incluso en los casos en que los tratados confieren derechos al individuo, éste sólo podría hacerlos efectivos en el plano interno, ya que internacionalmente la capacidad procesal queda reservada a los Estados. GRAHL-MADSEN analizó la cuestión ampliamente en 1966. En su opinión, si bien *a priori* los individuos no están excluidos de la posesión de dere-

¹³Véase GIL BAZO, M.T. *El derecho al asilo como derecho subjetivo del individuo en Derecho Internacional. Especial referencia al Derecho europeo*. EE.UU.: ProQuest Information and Learning, 1999.

chos y obligaciones internacionales, en virtud del Derecho Internacional consuetudinario y tradicional no son considerados sujetos de derechos y obligaciones internacionales. La mayoría de las normas de las que se benefician los individuos se han establecido para conferir derechos no al individuo, sino al Estado al que pertenece o al que solicita protección. Los sujetos de derechos en el plano internacional son los Estados y no los individuos. En su opinión, resulta implícito que un individuo sin capacidad procesal no tiene derechos sustantivos en Derecho Internacional, pero ni siquiera considerando los casos en que pueda tenerla resulta apropiado hablar de los individuos como sujetos de Derecho Internacional, y por tanto tampoco de derechos en el plano internacional. Hablar de derechos individuales en Derecho Internacional no se refiere a derechos jurídicamente considerados¹⁴.

Por su parte, WEIS afirmaba en 1953 que los beneficiarios de la Convención de Ginebra no tienen *locus standi* en Derecho Internacional, por lo que el papel del ACNUR como garante de sus derechos es de considerable importancia, si bien no dispone de medios para hacer cumplir la Convención, ya que a lo sumo podrá solicitar una Opinión Consultiva al Tribunal Internacional de Justicia en virtud del artículo 96 de la Carta de Naciones Unidas. WEIS, remitiéndose a LAUTERPACHT, considera que si los tratados relativos a los apátridas constituyen un paso adelante en la afirmación de la personalidad internacional del individuo al permitir que Estados que no son el de su nacionalidad invoquen las disposiciones de dichos tratados en su favor¹⁵, esta afirmación es todavía más cierta con respecto a la Convención de Ginebra, que prevé en su artículo 35 la cooperación de los Estados con la agencia internacional encargada de la protección de los derechos de los refugiados (el ACNUR)¹⁶.

Por el contrario, y desde una posición minoritaria, KRENZ manifestaba ya en 1966 que "negar la existencia de un derecho simplemente porque su ejercicio efectivo es difícil o imposible, o porque sólo se puede lograr a través de la actuación de una instancia ajena, significaría negar el valor jurídico de muchas normas de Derecho Internacional o incluso del sistema en su conjunto". Este autor concluyó que "a pesar de los argumentos de peso en sentido contrario, existen actualmente pocas dudas de que, en ciertas circunstancias, las personas individuales se conviertan en verdaderos sujetos del Derecho de las Naciones, con derechos y deberes claramente delimitados"¹⁷.

La rápida evolución del Derecho Internacional en relación con las cuestiones relativas a la protección de derechos humanos desde 1953 y 1966, cuando GRAHL-

MADSEN y WEIS expresaron sus reflexiones sobre la cuestión que nos ocupa, ha producido un cambio en la posición del individuo en el plano internacional. Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva OC-2/82, de 24 de septiembre de 1982, afirmó que las obligaciones contenidas en los Tratados de Derechos Humanos no son recíprocas, ya que "los Estados asumen obligaciones no en relación a otro Estado, sino hacia todos los individuos bajo su jurisdicción"¹⁸.

También entre la doctrina más reciente se encuentra la idea de la especial posición del individuo. Así, CARRILLO SALCEDO entiende que la aplicación e interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos debe basarse en el hecho de que "no sólo impone obligaciones a los Estados partes, sino que principalmente reconoce derechos a los individuos. En mi opinión, en otras palabras, la naturaleza especial del Convenio es indicativa de que el centro de gravedad del sistema del Convenio es el individuo, no el Estado", por lo que aunque el asilo no sea uno de los derechos recogidos por el Convenio, en el caso de los Estados partes en éste "el asilo no puede considerarse como una mera prerrogativa del Estado, que la ejerce o no a su elección"¹⁹.

GILBERT se cuestiona si es posible definir el "derecho de asilo" como un derecho del individuo o sólo como una gracia que los Estados de refugio dispensan discrecionalmente, y se remite a HOHFELD²⁰ para establecer la clasificación de las facultades que posee un individuo. Así, un derecho debe ser entendido en relación a su correlativa obligación: "existe un derecho si puede imponerse una obligación con otro (individuo que pueda ser exigida por quien posee el primero", por lo que "si un refugiado tiene un derecho al asilo depende de las obligaciones, si es que existe alguna, del Estado de refugio, y de su poder de hacerlas efectivas". En este sentido, "el reciente cambio en la política puede implicar que un refugiado cualificado tenga un derecho a entrar en un Estado en busca de asilo y que dicho Estado se encuentre en la obligación de conceder asilo". Por tanto, frente a la teoría tradicional del asilo, que entendía que el incumplimiento de las obligaciones convencionales relativas a los refugiados no confería derechos al propio refugiado, sino a los demás Estados partes en la Convención, actualmente "esta posición parece estar cambiando y se ve al individuo como el verdadero poseedor del derecho", por lo que es necesario considerar dos cuestiones: si el individuo puede ser sujeto de Derecho Internacional, y en dicho caso, si puede hacer efectivo el derecho²¹.

¹⁴GRAHL-MADSEN, A., *The Status of Refugees in International Law*, vol. I, Leyden: Sijthoff, 1966, pp. 56-63.

¹⁵LAUTERPACHT, H., *International Law and Human Rights*, Nueva York: Frederick A. Praeger, 1950, pp. 55-56.

¹⁶WEIS, P., "Legal Aspects of the Convention of 25 July 1951 relating to the Status of Refugees", *British Yearbook of International Law*, n.º XXX, 1953, p. 487.

¹⁷KRENZ, F.E., "The Refugee as a Subject of International Law", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 15, 1966, pp. 96 y 115.

¹⁸CIADH-Judgments and Opinions, Serie A, n.º 2.

¹⁹CARRILLO SALCEDO, J.A., "The European Convention on Human Rights and the asylum seeker", en VV.AA. *The Law of Asylum and Refugees: present tendencies and future perspectives. Proceedings of the 16th Colloquy on European Law*, Estrasburgo: Consejo de Europa, 1987, p. 34.

²⁰HOHFELD, P., "Some Fundamental Legal Conceptions as applied in Judicial Reasoning", *Yale Law Journal*, vol. 23, 1913.

²¹GILBERT, G., "Right of Asylum: A Change of Direction", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 32, 1983, pp. 634-635.

Autores como MERON opinan que "frente a la mayoría de los demás ámbitos del Derecho Internacional, el Derecho de los Derechos Humanos enfatiza (la posición del individuo como sujeto de derechos e incluso algunas veces de obligaciones en Derecho Internacional"²². Es esta una opinión que comparto.

La afirmación anterior se ve corroborada por el desarrollo de la capacidad procesal activa del individuo en el plano internacional²³. En efecto, excepto en el caso precisamente de la propia Convención de Ginebra, que carece de un órgano internacional de control²⁴, los tratados relevantes de Derechos Humanos confieren al individuo el derecho de legitimación activa ante los órganos creados por ellos para velar por el cumplimiento de sus disposiciones²⁵. Esto es así en el caso del Comité de Derechos Humanos y del Comité contra la Tortura de Naciones Unidas. Lo mismo ocurre en el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tras la entrada en vigor el día 1 de octubre de 1994 del Protocolo n.º 9. En otros ámbitos regionales, la situación es similar. Así, el individuo goza de legitimación activa ante la Comisión Africana de Derechos Humanos y ante la Comisión y el Tribunal Interamericanos de Derechos Humanos²⁶.

²²MERON, T., *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Oxford: Clarendon Press, 1989, p. 101.

²³De hecho, "la subjetividad internacional se configura como una categoría de acusado matiz procesal", ya que "se necesita una legitimación activa para reclamar por incumplimiento del Derecho o una legitimación pasiva para sufrir responsabilidad por tal incumplimiento". PASTOR RIDRUEJO, J.A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 6.ª ed. Madrid: Tecnos, 1996, p. 212.

²⁴Esta situación podría cambiar para los Estados de la Unión Europea tras la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam de 1997, en la medida en que los actos relativos a las cuestiones de asilo adoptados en el marco del Título IV del Tratado de la Comunidad Europea puedan ser objeto de examen por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Así, dicho Tribunal podría ser llamado a pronunciarse sobre el concepto de refugiado o sobre la compatibilidad de los actos adoptados con la propia Convención de Ginebra, a la que las propias disposiciones se refieren para reiterar el compromiso de los Estados con respecto a las obligaciones contraídas por ellos en virtud de dicho Tratado. En cualquier caso, la jurisdicción del Tribunal de Justicia sobre la Convención de Ginebra vendría dada de manera indirecta y se limitaría a las cuestiones relacionadas con el Derecho comunitario, por lo que no estaríamos en presencia de un auténtico órgano de control internacional. Además, es necesario recordar que el individuo no tiene capacidad procesal activa, sino limitada, ante dicho órgano judicial.

²⁵Si bien "tras la II Guerra Mundial, varios instrumentos de derechos humanos, incluidas las Resoluciones de la Asamblea General, crearon procedimientos para la recepción e investigación de comunicaciones individuales relativas a violaciones de derechos humanos", el origen de esta capacidad procesal del individuo se encuentra en el período posterior a la I Guerra Mundial, en el que ciertas organizaciones internacionales o los tratados para la protección de minorías conferían al individuo la capacidad de presentar quejas ante la conculcación de sus derechos. Aunque el derecho de demanda de los individuos en este contexto "es una forma muy débil de capacidad jurídica, representa el inicio del reconocimiento internacional de que el individuo víctima de una violación de derechos humanos debería poder llamar la atención de órganos internacionales sobre su situación". SUNGA, L.S., *Individual Responsibility in International Law for Serious Human Rights Violations*, Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1992, pp. 148-149.

²⁶A pesar de las deficiencias y limitaciones del sistema, "no debería subestimarse la importancia de las acciones de los individuos en el plano internacional". Así, los individuos "han recibido el derecho de petición ante órganos internacionales independientemente de su nacionalidad, sean nacionales del Estado demandado o nacionales de otros Estados (partes en el Tratado o no) e incluso apátridas. El derecho de petición se reconoce por tanto a las personas físicas en su condición de seres humanos. No se toma en consideración (la existencia de) un vínculo de nacionalidad ni cualquier otra forma de lealtad. Esto, en sí mismo, representa un avance importante en la comunidad mundial". Teniendo en cuenta que "los Estados son todavía los Señores supremos, el limitado estatus de los individuos puede ser considerado un notable progreso". CASSESE, A., *International Law in a Divided World*, Oxford: Clarendon Press, 1986, p. 102.

III. EL DERECHO A RECIBIR ASILO EN DERECHO INTERNACIONAL

Una vez aclarado el carácter del individuo como sujeto de derechos en el plano internacional es necesario determinar si entre esos derechos se encuentra el derecho a recibir asilo.

Como ya hemos afirmado, el punto de partida de todo análisis sobre el derecho de asilo debe ser la consideración de que la obligación de conceder asilo a los refugiados no aparece expresamente consagrada en ningún tratado internacional de ámbito universal²⁷. En la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Asilo Territorial de 1977 algunos Estados eran partidarios de la inclusión de la obligación de conceder asilo (y de ese modo, de un derecho subjetivo a recibir asilo)²⁸. La propuesta fue realizada por la República Federal de Alemania y apoyada por Australia, Colombia, Costa Rica, Francia e Italia²⁹. Sin embargo, como es sabido, el Proyecto de Convención no tuvo éxito y desde entonces no ha habido ningún avance en este sentido en el plano universal.

Por el contrario, en los ámbitos regionales latinoamericano y africano aparece expresamente recogido el derecho de los individuos a recibir asilo de la persecución. Por su parte, el ámbito europeo, como ya hemos dicho, sólo recientemente ha reconocido el derecho al asilo en el marco de la ya mencionada Carta de Derechos Fundamentales, promulgada en diciembre de 2000.

Asimismo, la otra premisa básica consiste en la afirmación de la íntima relación entre los derechos de los refugiados y los Derechos Humanos. En efecto, "una versión crítica de la doctrina clásica revela que ésta padeció de una visión compartimentalizada de las tres grandes vertientes de protección internacional de la persona humana -Derechos Humanos, derecho de los refugiados, derecho humanitario". Las convergencias de aquellas tres vertientes hoy se manifiestan de forma inequívoca³⁰. La protección de los derechos de los refugiados puede, por tanto, fortale-

²⁷STENBERG considera, sin embargo, que si bien la concesión del asilo ha sido considerada durante largo tiempo como un aspecto de la soberanía del Estado, lo cual ha retrasado el desarrollo de normas de Derecho Internacional relativas a la existencia de una obligación positiva del Estado en el que se busca asilo de concederlo, "puede considerarse sin embargo que éste es el fin hacia el que quizá se está desarrollando el Derecho Internacional". STENBERG, G., *Non-Expulsion and Non-Refoulement*, Uppsala: Iustus Förlag, 1989, p. 281.

²⁸WEIS, P. "The Draft United Nations Convention on Territorial Asylum", *British Yearbook of International Law*, n.º 50, 1979, p. 160.

²⁹Doc. A/CONF.78/7, Art. I.

³⁰CANÇADO TRINIDADE, A.A., "Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional de los Refugiados y Derecho Internacional Humanitario: aproximaciones y convergencias", en VV.AA. *Memoria del Coloquio Internacional 10 Años de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados*, San José: IIDH-ACNUR, 1995, p. 79. A menudo, sin embargo, la separación del Derecho de los Refugiados y los Derechos Humanos ha sido considerada artificial (... La vinculación (existente) entre los dos ámbitos podría justificar la conclusión de que el Derecho de los refugiados no es un régimen autointegrado). LANG, W., "Asile, refuge et droits de l'homme", en SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL (ed.), *Droit d'asile et des réfugiés. Colloque de Caen*, París: Pedone, 1997, p. 90.

cerse por medio de la utilización de los mecanismos internacionales para la protección de los Derechos Humanos, especialmente en tres áreas: el concepto de persecución (y con él, el de refugiado) el ámbito de aplicación del *non-refoulement* y el trato acordado a los refugiados³¹.

En 1982, GRAHL-MADSEN afirmaba que el desarrollo de los instrumentos internacionales de protección de Derechos Humanos producido desde la Convención 1951 y que se extendía a muchos de los ámbitos cubiertos por ésta, había tenido como resultado que se garantizaran "muchos de los mismos -o quizá más amplios- beneficios a todas las personas en el territorio de un Estado parte, incluidos los refugiados *de facto*", por lo que se hacía necesario un análisis en profundidad de esta evolución para determinar la manera en que podía producirse una mejora en el Estatuto del Refugiado³². La propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos afirmó que las soluciones al problema de los refugiados deben buscarse dentro del marco del sistema de protección de Derechos Humanos, ya que la normativa internacional sobre Derechos Humanos consagra principios que pueden servir a los refugiados de forma que el propio Derecho Internacional de Refugiados no puede, debido a la mayor amplitud de los primeros³³.

Ahora bien, si definimos el asilo como la *protección* que un Estado concede en su territorio a un individuo frente a la acción de otro Estado³⁴, encontraremos normas internacionales tanto en el ámbito universal como en el europeo que imponen a los Estados obligaciones de protección con respecto a ciertas categorías de individuos, así, en algunas instancias, el derecho soberano del Estado a conceder asilo se habría transformado en la obligación jurídica de hacerlo³⁵. De este modo, podemos entender que al menos en los casos en que existe una obligación de protección por parte de un Estado, invocable por el individuo tanto a nivel interno como internacional, existe también un derecho al asilo para el individuo.

³¹BEYANI, C., "Human Rights and the Protection of Refugees", *Interights Bulletin*, vol. 11, n.º 2, 1997, p. 39. "El Derecho Internacional de los Derechos Humanos, debido a su mayor ámbito de aplicación, ofrece soluciones que permiten la búsqueda de protección en casos que de otro modo quedarían excluidos del ámbito estricto del Derecho Internacional de Refugiados". GIL BAZO, M.T. "Respuestas del Derecho Internacional ante la transformación del régimen de asilo en Europa", *Migraciones*, n.º 1, 1997, p. 272.

³²GRAHL-MADSEN, A., "Refugees and Refugee Law in a World in Transition", en VV.AA. *Transnational Legal Problems of Refugees. 1982 Michigan Yearbook of International Legal Studies*. Nueva York: Clark Boardman Company, Ltd., 1982, pp. 78-79.

³³OEA. *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1993*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.85 doc. 8 de 11 de febrero de 1994, pp. 571-593.

³⁴Esta es la definición del Instituto de Derecho Internacional en su Resolución de septiembre de 1950 sobre el Asilo en el Derecho Internacional Público. El artículo 1 define el término asilo como "la protección que un Estado concede en su territorio (...) a una persona que viene a buscarlo". *Annuaire de l'Institut de Droit International. Session de Bath, 1950*, vol. 43-II.

³⁵KRENZ, F.E., "The Refugee as a Subject of International Law", *op. cit.*, p. 92.

Es necesario notar que es irrelevante la denominación que el estatus concedido reciba, y que podrá ser asilo, residencia, o cualquier otro; lo relevante es que lleve aparejado el derecho a permanecer en el país y el reconocimiento de los derechos fundamentales del individuo, ya que ello es precisamente lo que constituye "asilo", entendido como protección, independientemente del nombre que reciba.

IV. EL CONCEPTO DE REFUGIADO COMO SUJETO DEL DERECHO SUBJETIVO INDIVIDUAL AL ASILO EN EL DERECHO INTERNACIONAL

La siguiente cuestión es, por tanto, definir qué se entiende por *refugiado*, en sentido amplio, como beneficiario del derecho a recibir *asilo*, también en sentido amplio (es decir, independientemente del nombre que reciba de acuerdo con la legislación relevante).

En el ámbito universal la definición de refugiado es la contenida en la Convención de Ginebra de 1951 y en el Protocolo de 1967. El refugiado es aquella persona que se encuentra fuera de su país de origen y tiene un temor bien fundado de sufrir en él persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, opinión política o pertenencia a un grupo social determinado. Es este el sentido jurídico-formal que habitualmente recibe el término.

Sin embargo, otros instrumentos internacionales han desarrollado sus propias definiciones. Así, la Convención de la OUA sobre los problemas de los refugiados en África, partiendo de la definición contenida en la Convención de 1951, la amplía para incluir a aquellas personas que se ven obligadas a abandonar su lugar de residencia habitual debido a la agresión externa, la ocupación, la dominación extranjera o los acontecimientos que perturben gravemente el orden público en parte o en la totalidad de su país de origen (artículo 1). También la Declaración de Cartagena entiende que la definición de refugiado debe incluir aquellas personas que han huido de su país debido a que sus vidas, seguridad o libertad se han visto amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, las violaciones masivas de Derechos Humanos u otras circunstancias que han perturbado gravemente el orden público (Conclusión Tercera).

En el contexto de los instrumentos internacionales relativos a la protección de los Derechos Humanos, si bien no existe una definición explícita del término refugiado, los órganos de control han desarrollado una jurisprudencia que protege a los extranjeros en ciertas situaciones con respecto a las medidas relativas a su entrada o salida del territorio de un Estado parte, creando de este modo una categoría de "personas protegidas". Así, frente al concepto de refugiado en virtud del Derecho Internacional de Refugiados, estas categorías de extranjeros "inexpulsables" o fren-

te a los cuales los Estados tienen obligaciones de admisión, recibirán también la denominación de "refugiados" en sentido amplio, o en virtud del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En este sentido se expresa GOODWIN-GILL al afirmar que "dado que el Comité contra la Tortura tiene actualmente competencia para examinar las actuaciones de un Estado, incluyendo la denegación de admisión, la expulsión o (cualquier otra medida que implique la salida forzosa de su territorio) que puedan implicar una devolución al riesgo de sufrir tortura, una nueva categoría formal de refugiados está en proceso de formación"³⁶.

El refugiado es también una categoría conocida para el Derecho Internacional General³⁷, que "tiene un núcleo sobre el que la mayoría de nosotros estaríamos de acuerdo, aunque sus contornos puedan ser definidos de manera distinta para distintos propósitos". Así, si bien no existe en Derecho Internacional Consuetudinario una definición generalmente aceptada del término refugiado³⁸, "existen sin embargo ciertas características que separan a los refugiados de otros individuos y que dan sentido al hecho de hablar de refugiados incluso fuera del contexto de un instrumento internacional particular o una norma estatutaria"³⁹. Estas características son fundamentalmente el temor de persecución y estar a falta de protección. Pero la cuestión crucial es que la relación entre el Estado y el refugiado se ha tornado negativa por motivos políticos. "Es este vínculo de hecho el que nos permite tratar a los refugiados como una categoría aparte"⁴⁰.

Por tanto, el concepto de refugiado no tiene un único sentido, sino que se entiende por referencia a un instrumento convencional determinado o por referencia al Derecho Internacional General. Así, el concepto más general de refugiado sería aquél que considerara como tal a toda persona que encontrándose en una

³⁶GOODWIN-GILL, G.S. *The Refugee in...* op. cit., p. 67, n.º 145.

³⁷*Ibid.*, p. 29.

³⁸MARIÑO, tras su análisis del concepto de refugiado en Derecho Internacional General, concluyó en 1983 que "podemos afirmar verdaderamente que un concepto 'suave' de refugiado existe en el Derecho Internacional, que se corresponde con la definición de los convenios de 1951 y 1967". MARIÑO MENÉNDEZ, F.M., "El concepto de refugiado en un contexto de Derecho Internacional General", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 35, n.º 2, 1983, p. 368.

³⁹GRAHL-MADSEN, "The Emergent International Law Relating to Refugees: Past-Present-Future", en VV.AA. *The Refugee Problem on Universal, Regional and National Level*. Thessaloniki, 1987, op. cit., pp. 191-192. GRAHL-MADSEN varía así la postura que había mantenido en 1966 al afirmar que "en Derecho Internacional consuetudinario (no escrito) no existe una definición generalmente aceptada de 'refugiado'. En consecuencia no tiene sentido hablar de 'refugiados' en sentido jurídico o de (der Begriff des Flüchtlings) excepto en el contexto de un instrumento jurídico concreto". GRAHL-MADSEN, A., *The Status of Refugees...* op. cit., vol. I, p. 73. En 1939 JENNINGS había afirmado que "el Derecho Internacional consuetudinario tiene poco, o nada, que decir con respecto al refugiado individual(mente considerado). Es una anomalía para la cual no hay un hueco apropiado en el contexto del Derecho general" excepto en lo que se refiere a la responsabilidad de un Estado en virtud de la legalidad o ilegalidad de la conducta de éste que da lugar al éxodo de su población. JENNINGS, R.Y., "Some International Law Aspects of the Refugee Question", *British Yearbook of International Law*, n.º XX, 1939, pp. 110-114.

⁴⁰GRAHL-MADSEN, A., *The Status of Refugees...* op. cit., vol. I, p. 192.

situación de riesgo buscara la protección de un país distinto del suyo ante la imposibilidad de hallar en éste la protección que necesita. Lo que GOODWIN-GILL llama la *naturaleza del refugio* en el Derecho Internacional General incluye no sólo a aquéllos que tienen un temor bien fundado de sufrir persecución, sino también a aquéllos que se enfrentan a un riesgo sustancial de sufrir tortura, o de sufrir un daño importante si son devueltos a su país de origen, por motivos que incluyen la guerra, la violencia, el conflicto y las violaciones masivas de Derechos Humanos⁴¹.

La Comisión de la Unión Europea, establece en el artículo 15 de su propuesta sobre formas de protección subsidiaria anteriormente mencionada que "los Estados miembros concederán el estatuto de protección subsidiaria al solicitante de protección internacional que esté fuera de su país de origen y no pueda volver allí por un temor fundado a sufrir el siguiente perjuicio grave e injustificado: a) tortura o trato o castigo inhumano o degradante; o b) violación de un derecho humano, suficientemente grave para generar las obligaciones internacionales de un Estado miembro; o c) amenaza para su vida, seguridad o libertad, a consecuencia de la violencia indiscriminada surgida en situaciones de conflicto armado, o a consecuencia de violaciones sistemáticas o generalizadas de sus Derechos Humanos"⁴².

La interpretación de esta norma exigirá la referencia a las disposiciones pertinentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y sobre todo a la interpretación que de éstas hayan realizado los órganos de control internacionales, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas o el Comité contra la Tortura de Naciones Unidas⁴³. Es en este contexto en el que, debido a que los actos de la Unión/Comunidad Europea no están todavía sujetos al control de estos órganos internacionales de Derechos Humanos⁴⁴ (aunque los Estados miembros que ponen en aplicación normativa comunitaria sí lo están individualmente), en el que pueden surgir conflictos de jurisdicción entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y los órganos internacionales con respecto a la interpretación del alcance y aplicación de las normas correspondientes en materia de Derechos Humanos⁴⁵.

⁴¹GOODWIN-GILL, G.S., "Asylum: The Law and Politics of Change", *International Journal of Refugee Law*, vol. 7, n.º 1, 1995, p. 7.

⁴²Conviene notar que actualmente la propuesta de la Comisión está siendo negociada por el Consejo de la UE y por tanto la redacción original de la Comisión ha sufrido alteraciones, que se verán reflejadas en su redacción final y posterior publicación en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*. Las redacciones surgidas en el seno del Consejo son parcialmente accesibles a través del Registro Público (<http://register.consilium.eu.int>).

⁴³Para un análisis exhaustivo de la interpretación realizada por estos órganos sobre los tratados de su respectiva competencia, véase GIL BAZO, M.T., *El derecho al asilo como derecho subjetivo del individuo en Derecho Internacional...* op. cit., pp. 213-426.

⁴⁴Como hemos indicado, actualmente la Conferencia Europea que debate la reforma de la Unión Europea está considerando los requisitos y consecuencias de la adhesión de la Comunidad/Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950. *Vid supra* nota 8.

⁴⁵Sobre el papel del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas como garante de los derechos de los refugiados en el seno de la Unión Europea y los posibles conflictos de interpretación, véase, GIL BAZO, M.T., "La protección de los