

V. EL ESTATUTO DEL "REFUGIADO" EN VIRTUD DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Es importante matizar que asilo y no devolución o no expulsión o no extradición u obligación de admisión no son conceptos sinónimos. Así, el hecho de que un Estado no puede devolver a un individuo a las fronteras de un territorio donde su vida o libertad corran peligro no implica que no pueda devolverlo, o extraditarlo, a otro Estado donde su vida o libertad no corran peligro. De ese modo, no podemos afirmar que siempre que un Estado tenga una obligación de admisión o de no 'expulsión' (en sentido amplio), tenga también la obligación de conceder asilo⁴⁶. Sin embargo, existen situaciones en las que la posibilidad de enviar al individuo a un tercer Estado no existe. Es aquí donde el carácter 'inexpulsable' de un individuo obliga al Estado a permitirle su permanencia en él, y de este modo a concederle una suerte de 'asilo'. En este sentido se expresa GRAHL-MADSEN cuando afirma que no existe una norma de Derecho Internacional universal que obligue a los Estados a conceder asilo a un refugiado de buena fe, "excepto por lo que se refiere a las normas del *non-refoulement* y la no extradición"⁴⁷.

Una vez establecida la obligación internacional de los Estados de admitir o abstenerse de forzar la salida de un extranjero de su territorio en ciertas situaciones, así como el ámbito de aplicación *ratione personae* de esta norma, queda establecida la obligación de los Estados de conceder 'asilo' al individuo, en el sentido de protección. El corolario es la existencia de un derecho a recibir asilo del refugiado en sentido amplio. Se hace pues, necesario establecer el contenido de dicho asilo, o bien el 'estatuto del asilado' en Derecho Internacional de los Derechos Humanos:

refugiados en la Unión Europea tras la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos", en MARIÑO MENÉNDEZ, F.M., y FERNÁNDEZ LIESA, C. (dir. y coord.), *La protección de las personas y los grupos vulnerables en el Derecho Europeo*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001, pp. 176-185.

⁴⁶ (...) la protección que ofrece (el *non-refoulement*) no alcanza al otorgamiento del derecho a permanecer en el territorio de acogida (asilo territorial en sentido estricto), ni mucho menos la concesión del Estatuto de Refugiado". MARIÑO MENÉNDEZ, F.M., "El concepto de refugiado...", *op. cit.*, p. 364; "Existe una diferencia esencial entre el asilo y el *non-refoulement*: el asilo implica la admisión, residencia y protección; el *non-refoulement* es una obligación negativa de no obligar a una persona a volver al país de persecución. Su aplicación, es cierto, conduce a menudo a la concesión del asilo, pero este no es necesariamente el caso. El país implicado puede admitir a una persona sólo temporalmente, o expulsarla a otro país en el que no tema persecución", WEIS, P., "The Draft United Nations Convention on...", *op. cit.*, p. 166. En el mismo sentido se expresa GOODWIN-GILL cuando afirma que "existe una discontinuidad en el régimen de protección establecido por la Convención de 1951/Protocolo de 1967 y el Derecho Internacional general, y entre la condición de refugiado y la solución al problema del refugiado. Ningún nexo une necesariamente la obligación de cumplir con el *non-refoulement* y la admisión discrecional en un Estado o la concesión del asilo". GOODWIN-GILL, G.S., "Asylum: The Law and Politics...", *op. cit.*, p. 8. La Ley de Asilo española (Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo), sin embargo, relaciona ambas cuestiones en la medida en que afirma expresamente en su artículo 2 que "el derecho de asilo (... consiste en su no devolución ni expulsión en los términos del artículo 33 de la Convención de Ginebra".

⁴⁷ GRAHL-MADSEN, "The Emergent International...", *op. cit.*, p. 193.

MUBANGA-CHIPOYA define los rasgos del asilo en estas cinco cuestiones: 1) la admisión de una persona en el territorio del Estado; 2) permitir a dicha persona que permanezca en él; 3) la no expulsión; 4) la no extradición, y 5) no procesar, castigar ni restringir de otro modo la libertad de esa persona⁴⁸. También GRAHL-MADSEN establece en esos cinco los rasgos del derecho de asilo, como derecho de los Estados⁴⁹. LABAYLE afirma que el asilo consiste principalmente en acordar dos derechos al extranjero: "el derecho de entrada en el territorio y el de permanecer en él, es decir, no ser devuelto hacia las fronteras en las que se encuentre en peligro"⁵⁰.

Además de la opinión de la doctrina, el Comité Ejecutivo del ACNUR afirmó en 1981 que el estándar humanitario básico del trato a solicitantes de asilo incluye entre otros puntos los siguientes: el derecho a disfrutar de los derechos civiles fundamentales internacionalmente reconocidos, en particular los recogidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos; el derecho a recibir la asistencia necesaria incluido el alimento, cobijo y servicios sanitarios básicos; el derecho a la personalidad jurídica y la unidad de la familia⁵¹. Más adelante, en su conclusión de 1997 sobre la salvaguarda de la institución del asilo reitera que uno de los aspectos esenciales de dicha institución lo constituye "la obligación de dar a los solicitantes de asilo y refugiados un tratamiento acorde con las normas aplicables de Derechos Humanos y del derecho sobre los refugiados, en la forma en que se enuncian en los instrumentos internacionales pertinentes" (Sección d)⁵².

Encontramos una postura semejante en la legislación española. Así, el artículo 2 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo, define el asilo en los siguientes términos: "El derecho de asilo reconocido en el artículo 13.4 de la Constitución es la protección dispensada a los extranjeros a los que se reconozca la condición de refugiado y que consiste en su no devolución ni expulsión (...) y en la adopción de las siguientes medidas (... a) Autorización de residencia en España".

Por tanto, el contenido de la protección que un Estado pueda estar en la obligación de otorgar se refiere fundamentalmente a la obligación de admisión del individuo objeto de persecución en su territorio, o bien a la abstención de provocar su salida forzosa de dicho territorio por cualquier medio (expulsión, extradición,

⁴⁸ MUBANGA-CHIPOYA, C.L.C., *The Right of Everyone to Leave any Country, Including His Own, and to Return to His Country* (Doc. E/C.4/Sub.2/1988/35), pp. 103-106.

⁴⁹ GRAHL-MADSEN, A. *The Status of Refugees...*, *op. cit.*, vol. II, p. 23.

⁵⁰ LABAYLE, H., "Le droit d'asile en France: normalisation ou neutralisation?", *Revue Française de Droit Administratif*, vol. 13, n.º 2, 1997, p. 246.

⁵¹ Conclusión n.º 22 (XXXII) de 1981, sobre la protección de solicitantes de asilo en situaciones de flujos masivos, apartado II. B. (2).

⁵² Doc. A/52/12/Add.1, de 1997, pp. 8-9.

devolución o reconducción a la frontera), así como al respeto del elenco de derechos que debe reconocerle mientras se encuentre en su territorio.

a) Refugiados en el sentido del artículo 1 A) de la Convención de Ginebra que no han sido reconocidos, pero que tampoco pueden ser enviados a un tercer país

Dentro de ese grupo de beneficiarios del Estatuto de "refugiado" en sentido amplio se encuentran los refugiados en el sentido de la Convención de Ginebra que *no hayan sido reconocidos*. En opinión de GRAHL-MADSEN, que comparto, esta categoría de individuos deberá beneficiarse transcurrido un cierto tiempo en el territorio del Estado de acogida del Estatuto mismo de Refugiado en virtud de la Convención de Ginebra.

En 1972, GRAHL-MADSEN analizó el Estatuto de lo que denominó los "refugiados no deseados", es decir, aquellos que lo son en virtud del artículo 1 A) de la Convención de Ginebra, pero que el Estado no desea regularizar, y que dividió en tres categorías: a) refugiados procedentes directamente del país de persecución, que las autoridades no desean regularizar, y que no pueden encontrar otro país de refugio; b) refugiados procedentes de otro país de refugio, cuyo plazo de devolución a dicho país ha expirado; c) refugiados objeto de una orden de expulsión válida, que no puede ser ejecutada porque ningún otro país los quiere/puede admitir. Estas tres categorías deben permanecer de hecho en el territorio de un Estado, aunque dicho Estado no tenga voluntad de regularizar su situación. Dado que la Convención de Ginebra no garantiza un derecho a recibir asilo, y que según sus propias disposiciones la mayor parte de los beneficios que recoge resultan de aplicación sólo a los refugiados que se hallen o residan "legalmente" en el territorio de un Estado, el análisis de GRAHL-MADSEN se centró fundamentalmente en argumentar que una vez transcurrido el "plazo razonable" a que hace referencia el artículo 31.2 de la Convención de 1951 para que el refugiado logre la admisión en otro país (que GRAHL-MADSEN sitúa en unos tres o cuatro meses) y se haga evidente que la medida dirigida a forzar la salida del extranjero no es ejecutable, el Estado tiene obligación de eliminar las restricciones impuestas sobre el individuo, ya que dejan de ser "necesarias" en el sentido del artículo 31 de la Convención de Ginebra. Una vez recuperada la libertad de movimientos, y con ella el derecho a la libre circulación, el individuo adquiere en consecuencia el derecho a que su situación sea considerada "legal", y de ese modo, pasa a convertirse en beneficiario de las disposiciones de la Convención de Ginebra, es decir, del Estatuto de Refugiado⁵³. Además del dis-

⁵³No hay que olvidar que el reconocimiento de la condición de refugiado tiene naturaleza meramente declarativa y que los Estados partes en la Convención de 1951 se han comprometido "a reconocer a los refugiados los derechos" que la Convención recoge.

frute de la condición de refugiado de manera "temporal", GRAHL-MADSEN va más allá en su razonamiento cuando afirma que transcurrido un período de tiempo más o menos largo, que establece en unos tres años, el interés del individuo en permanecer en el país en el que está ya arraigado debe ser superior a cualquier otra consideración. En el caso de quienes fueron objeto de una orden de expulsión, si durante ese período no dieron motivos para justificar una nueva expulsión, sería difícil justificar la antigua por razones de "orden público" o "seguridad nacional". Es necesario notar que GRAHL-MADSEN se refiere a 'refugiados convencionales', es decir, a individuos que reúnen los requisitos establecidos en el artículo 1A de la Convención de Ginebra, pero que debido a la inexistencia de una obligación convencional de asilar han quedado en una situación de "limbo". Por ello entiende que los Estados no pueden hacer dejación de sus obligaciones con respecto a estos individuos por el mero hecho de que su situación no esté regularizada, ya que "nunca se previó que existiera ningún grupo de refugiados subprivilegiados, sometidos al arbitrio de las autoridades. Muy al contrario, muchas de las disposiciones de la Convención sobre refugiados (así como la de apátridas) están basadas en la apreciación de la especial situación de los refugiados (y apátridas), como extranjeros incapaces de obtener la admisión en ningún otro país excepto en el que se encuentran. Y así como un Estado no soñaría con expulsar a sus propios nacionales –y no se habla de amenazas para la seguridad nacional o el orden público en ese sentido– no existe apenas ninguna razón para que un Estado presione excesivamente por la expulsión de refugiados (y apátridas). Después de un tiempo, las consideraciones humanitarias subyacentes en la Convención sobre refugiados y en los instrumentos similares deben ser tenidas en consideración para superar otras consideraciones de naturaleza tradicionalmente más jurídica"⁵⁴.

Actualmente, las consideraciones de GRAHL-MADSEN no sólo siguen siendo válidas (y aplicables no sólo con respecto a la Convención de Ginebra, sino también con respecto al Derecho Internacional de los Derechos Humanos), sino que adquieren fuerza renovada en un contexto cada vez más informado por el deseo de preservar la seguridad nacional⁵⁵.

⁵⁴GRAHL-MADSEN, A., *The Status of Refugees...* op. cit. vol II, pp. 428-443.

⁵⁵Véase el documento de trabajo de la Comisión *Relación entre la salvaguardia de la seguridad interior y cumplimiento de las obligaciones e instrumentos internacionales en materia de protección* (Documento COM(2001) 743 final, de 5 de diciembre de 2001). Este documento de trabajo es la respuesta de la Comisión a la conclusión 29 de la reunión del Consejo Extraordinario de Justicia e Interior de 20 de septiembre de 2001. Dicha conclusión fue adoptada en el contexto posterior a los acontecimientos de 11 de septiembre en EE.UU. Este deseo de establecer un vínculo casi automático entre la seguridad y los refugiados ha sido fuertemente criticado por organizaciones como Amnistía Internacional (véase Documento publicado el día 15 de noviembre de 2001 en respuesta a la conclusión 29, disponible en <http://www.amnesty-eu.org>).