

LA PROTECCIÓN DE LOS DEMANDANTES DE ASILO POR RAZÓN DE SU VULNERABILIDAD ESPECIAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE LOS DERECHOS HUMANOS

SÍLVIA MORGADES GIL*

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LA CONSIDERACIÓN DE LA CONDICIÓN DE DEMANDANTE DE ASILO EN EL ANÁLISIS DEL RIESGO DE VIOLACIÓN DEL DERECHO A NO SER SOMETIDO A TORTURA O A TRATOS INHUMANOS O DEGRADANTES POR LA APLICACIÓN DE MEDIDAS DE ALEJAMIENTO DEL TERRITORIO.
 1. EL ARTÍCULO 3 DEL CONVENIO EUROPEO DE LOS DERECHOS HUMANOS *VERSUS* EL ARTÍCULO 33 DE LA CONVENCIÓN DE GINEBRA EN LA PROTECCIÓN DE LOS REFUGIADOS RECONOCIDOS.
 2. LA VULNERABILIDAD ESPECIAL DE LOS DEMANDANTES DE ASILO COMO ELEMENTO QUE CUALIFICA EL RIESGO DE SUFRIR TRATOS PROHIBIDOS POR EL ARTÍCULO 3 EN CASO DE ALEJAMIENTO AL PAÍS DE ORIGEN.
 3. LA FLEXIBILIZACIÓN DEL REQUISITO DE LA INDIVIDUALIZACIÓN DEL RIESGO EN CASO DE VIOLENCIA GENERALIZADA EN EL PAÍS DE ORIGEN PARA CONSIDERAR QUE EXISTE VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 3 DEL CEDH EN CASO DE EXPULSIÓN DE DEMANDANTES DE ASILO.

* Profesora Colaboradora de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Departamento de Derecho, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, España. Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación *La construcción del orden mundial del siglo XXI: Actores, autoridades, patrones políticos y jurídicos de la gobernanza global*, Universidad Pompeu Fabra, Proyecto del Ministerio de Educación y Ciencia Ref. SEJ2007-66424/CPOL. Una primera versión del mismo fue presentada como Comunicación oral en el *IV Encuentro de Jóvenes Investigadores en Derecho de Inmigración y Asilo* celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia de Comillas, en Madrid, los días 14 y 15 de diciembre de 2007. Agradezco a los participantes en el encuentro los comentarios y apreciaciones que formularon así como su predisposición para el debate.

- III. LOS DEMANDANTES DE ASILO ANTE LAS MEDIDAS DE DETENCIÓN EN LAS ZONAS DE TRÁNSITO DE LOS AEROPUERTOS: PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD, Y PROTECCIÓN DEL DERECHO A UN TRATO NO DEGRADANTE.
 - 1. LA CONSIDERACIÓN DEL CONFINAMIENTO EN LAS ZONAS INTERNACIONALES DE LOS DEMANDANTES DE ASILO NO ADMITIDOS A ENTRAR EN EL TERRITORIO DE UN ESTADO COMO PRIVACIONES DE LIBERTAD Y LAS CONDICIONES PARA SU LEGITIMIDAD.
 - 2. LA VULNERABILIDAD ESPECIAL DE LOS DEMANDANTES DE ASILO EN LA APRECIACIÓN DE LA CONFORMIDAD CON EL CONVENIO EUROPEO DE LAS CONDICIONES MATERIALES DE LAS DETENCIONES EN ZONA INTERNACIONAL.
- IV. LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS PROCEDIMENTALES DE LOS DEMANDANTES DE ASILO: EL DERECHO A UN EXAMEN DEL FONDO DE LA DEMANDA, Y EL DERECHO A UN RECURSO EFECTIVO ANTE LA APLICACIÓN DE MEDIDAS DE ALEJAMIENTO.
- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos de Roma de 1950 no prevé en ninguna de sus disposiciones el asilo, ni la protección de los refugiados, ni disposiciones acerca de las migraciones forzosas o de las personas que forman parte de ellas. Aún así, la interpretación que de sus disposiciones han hecho sus órganos de garantía, la Comisión y el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, ha ido configurando unas áreas de protección en cuyo ámbito de aplicación entran claramente los refugiados y los demandantes de asilo que, al beneficiarse de los derechos del Convenio en determinadas circunstancias de extrema vulnerabilidad, han encontrado en éste un entorno normativo de protección privilegiada.

Ello es así especialmente a partir de 1989, en que se dictó la sentencia *Soering* cuya resolución al caso planteado se basó en una interpretación del derecho a no ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes del artículo 3 del Convenio, que también consideraba prohibido el *riesgo* de ser sometido a tales tratos en un estado extranjero al que una persona pudiese ser alejada mediante extradición. Esta sentencia abrió la puerta a considerar que del mismo modo otras formas de alejamiento de un estado a otro de extranjeros, en su caso, refugiados, por rechazo, expulsión o retorno, podían ser consideradas contrarias al artículo 3, si tras el alejamiento la persona podía ser sometida a tratos prohibidos por el artículo, o bien si el alejamiento mismo constituía trato prohibido (por las circunstancias de hecho de éste o por la especial situación de vulnerabili-

dad de la persona). Más tarde, también otras disposiciones del Convenio fueron siendo interpretadas de modo que se resolvían situaciones en que podían encontrarse o se encontraban demandantes de asilo como el artículo 8, sobre el derecho a la vida privada y familiar, el artículo 5, sobre el derecho a la libertad personal y de circulación, o el artículo 13, sobre el derecho a un recurso efectivo.

En esta contribución, se muestra que no sólo los órganos de garantía del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales (CEDH) han interpretado algunas de sus disposiciones de forma que también servían para proteger indirectamente a los extranjeros demandantes de asilo o refugiados, sino que en algunos casos, relativamente recientes, el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (TEDH) ha modulado su jurisprudencia precisamente para atender casos de necesidad de protección protagonizados por ellos. Por este motivo se defiende que, aunque el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos no contempla el asilo ni la protección de los refugiados, en los últimos años, su interpretación configura una protección que atiende específicamente la vulnerabilidad especial de los demandantes de asilo en relación con la de otras personas, incluso, de otros extranjeros.

Así, no se desarrollará *in extenso* la jurisprudencia del Tribunal en materia de protección de los derechos del Convenio cuando esta protección afecta a la situación de personas extranjeras o inmigrantes en los estados partes, o incide en la protección de personas que piden asilo en casos protagonizados por ellos, sino que se tratará de mostrar que, en algunos casos, una situación de hecho protagonizada por demandantes de asilo ha llevado a interpretaciones de disposiciones del Convenio que atendían específicamente tales situaciones¹. Esta interpretación de algunas disposiciones del Convenio Europeo ha ido configurando una protección directa de los demandantes de asilo y de los refugiados víctimas o potenciales víctimas de derechos protegidos que permite satisfacer temporalmente sus necesidades de protección internacional. En este trabajo se defiende que en ocasiones

¹ Tratan de la protección que, en general, el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales ofrece a los demandantes de asilo y refugiados, por ejemplo, MOLE, N., *Le droit d'asile et la Convention européenne des droits de l'homme*, Éditions du Conseil de l'Europe, Estrasburgo, 2008; y el *UNHCR Manual on Refugee Protection and the European Convention on Human Rights*, Regional Bureau for Europe. Department of International Protection, abril de 2003 (actualizado hasta agosto de 2006), en <http://www.unhcr.org/publ>.

la condición de demandante de asilo de la víctima ha sido tomada en cuenta por parte del TEDH para interpretar las disposiciones del Convenio Europeo de forma que la protección se adapte a su vulnerabilidad especial. La idea de que los demandantes de asilo son personas con una vulnerabilidad especial en relación con otras personas víctimas de violaciones de los derechos humanos no se explicita como tal por parte del TEDH pero resulta de su jurisprudencia.

Al igual que los demandantes de asilo, los refugiados son personas especialmente vulnerables en tanto en cuanto colectivo de extranjeros que entra en relación con sociedades nacionales y que es susceptible de exclusión a causa de la ausencia del vínculo de la nacionalidad pero, a diferencia de los primeros, existe un cuerpo normativo de Derecho internacional universal orientado a la protección específica de su dignidad². En Europa, en los últimos años, sobre todo tras la desaparición de la división del mundo en dos bloques ideológicamente contrapuestos y la finalización del incentivo económico a la llegada de inmigrantes, los sistemas internos de los estados para el reconocimiento de la condición de refugiado han perdido eficacia y se ha ido restringiendo el acceso rápido al asilo, es decir, a formas de protección territorial estables. Los refugiados no reconocidos aún como tales y, en general, los demandantes de asilo llegan a las fronteras de los estados europeos donde permanecen con una merma de la oportunidad de ver satisfechos sus derechos básicos, en ocasiones por largos períodos de tiempo, y a menudo en situación de privación de libertad³. Por esta

² Siguiendo a Fernando Mariño Menéndez, la *vulnerabilidad especial* sería el “hecho de que ciertos colectivos de personas, incluyendo los que integran ciertos *grupos humanos diferenciados*, encuentran por regla general en todas las sociedades y ciertamente en muchas sociedades obstáculos sociales y jurídicos, graves y específicos, que les impiden alcanzar y ostentar un ámbito de titularidad de derechos y una amplitud y profundidad en su goce equivalentes a los que poseen los «ciudadanos normales» y que, en cualquier caso, sean los adecuados a lo que exige el respeto a la *dignidad propia de una persona en su situación*”. MARIÑO MENÉNDEZ, F., “Introducción: Aproximación a la noción de persona y grupo vulnerable en el Derecho europeo”, en MARIÑO MENÉNDEZ, F. - FERNÁNDEZ LIESA, C. (Dirección y Coordinación), *La protección de las personas y grupos vulnerables en el derecho europeo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales-Subdirección General de Publicaciones, Madrid, 2001, pp. 21-22.

³ Sobre los cambios sufridos por el régimen internacional de protección de los refugiados, por ejemplo, FELLER, E., “The Evolution of the International Refugee Regime”, *Washington University Journal of Law and Policy*, vol. 5, 2001, pp. 129-139; ROBERTS, A., “More Refugees, less Asylum: A Regime in Transformation”, *Journal of Refugee Studies*, vol. 11, nº 4, 1998, pp. 375-395. También, desde una perspectiva más general,

razón, cada vez más debe considerarse que los demandantes de asilo forman un colectivo de personas con una vulnerabilidad especial derivada de su extranjería y de la búsqueda de una protección de sustitución, que suele llevarles a una situación de extrema precariedad en los estados a los que logran llegar, por lo menos, hasta que son admitidos en un país de acogida. La vulnerabilidad especial de los demandantes de asilo se explica asimismo por el desarraigo y del desamparo debido a la ausencia de protección efectiva del estado de la nacionalidad que, además, no puede reclamarse, al fundarse su situación como demandantes de asilo precisamente en la imposibilidad de retornar al país de origen debido a los temores de persecución (que justificaría el reconocimiento de la condición de refugiado) o a graves violaciones de derechos humanos fundamentales tales como el derecho a la vida, a la libertad o a la seguridad (que justificaría la concesión de lo que en el contexto de la Unión Europea se denomina *protección subsidiaria* que, en definitiva, es una forma de asilo territorial).

El hecho de pertenecer a un grupo especialmente vulnerable no comporta un título de protección especial, en principio, mientras las normas jurídicas no lo reconozcan. No obstante, contribuyen a la identificación del colectivo de los demandantes de asilo como especialmente vulnerable, tanto la jurisprudencia del TEDH, como la renovación del discurso relativo a la protección internacional de los refugiados a través de las *Consultas Globales* del ACNUR, en donde se ha reclamado el deber de los estados de *reconocer* la vulnerabilidad de los demandantes de asilo⁴. La vulnerabilidad especial de los demandantes de asilo no excluye que algunos de ellos también puedan pertenecer a otros colectivos especialmente vulnerables, por ejemplo, víctimas de torturas con secuelas físicas y psíquicas, menores no acompañados, mujeres que pertenecen a sociedades que las discriminan o en dónde son consideradas seres inferiores, etc.

HADDAD, E., *The Refugee in International Society*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, pp. 192-215; y HATHAWAY, J. C., *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, pp. 75-153.

⁴ ACNUR, Consultas globales sobre protección internacional, *Procesos de asilo (procedimientos de asilo justos y eficaces)*, EC/GC/01/12, 31 de mayo de 2001.

II. LA CONSIDERACIÓN DE LA CONDICIÓN DE DEMANDANTE DE ASILO EN EL ANÁLISIS DEL RIESGO DE VIOLACIÓN DEL DERECHO A NO SER SOMETIDO A TORTURA O A TRATOS INHUMANOS O DEGRADANTES POR LA APLICACIÓN DE MEDIDAS DE ALEJAMIENTO DEL TERRITORIO

El caso que marcó un antes y un después en la configuración del Convenio Europeo de Derechos Humanos como un instrumento de protección de las personas extranjeras ante medidas de alejamiento fue, como se ha señalado, el caso *Soering* resuelto por el TEDH en el año 1989⁵. En él se trataba de valorar, concretamente, si la extradición de una persona desde un estado parte en el Convenio hacia un tercer estado podía suponer una violación del artículo 3 debido al riesgo de que la persona sometida a extradición sufriera medidas contrarias al citado artículo en el estado de destino⁶. El TEDH estableció una interpretación según la cual el artículo 3 del CEDH prohibía un alejamiento de la persona en esas circunstancias, aunque los malos tratos físicos o psíquicos en caso de producirse el aleja-

⁵ *Soering v. the United Kingdom*, nº 14038/88, 7 de julio de 1989, Serie A nº 161. Antes de esta sentencia, ya la Comisión Europea de los Derechos Humanos (en funciones hasta el 31 de octubre de 1999) había adoptado decisiones en las que se consideraban admisibles las alegaciones de demandantes de asilo en relación con el artículo 3 por causa de expulsiones ya realizadas a países en los que los demandantes podrían ser sometidos a tortura o a tratos inhumanos (por ejemplo, *Amekrane et autres c. Royaume Uni*, nº 5961/72, decisión de la Comisión de 11 de octubre de 1973, *Recueil* nº 44, pp. 101-114). También la Comisión consideró en dos ocasiones que expulsiones repetidas que conducen a una situación de demandante de asilo *en órbita* podían “suscitar una cuestión respecto del artículo 3” (*Harabi v. Netherlands*, nº 10798/84, decisión de la Comisión de 5 de mayo de 1984, *Décisions et rapports* 46, p. 117) o que los Estados debían prever medidas adecuadas para aportar soluciones a estas situaciones con un “espíritu particularmente liberal y humanitario” (*Manitu Giama c. Belgique*, nº 7612/76, informe de la Comisión de 17 de julio de 1980, §56, no publicado). Tratan especialmente la cuestión de las decisiones e informes de la Comisión Europea en relación con los demandantes de asilo anteriores al caso *Soering*: EINARSEN, T., “The European Convention on Human Rights and the Notion of an Implied Right to *de facto* Asylum”, *International Journal of Refugee Law*, vol. 2, nº 3, 1990, pp. 361-389; NANCE, D. S., “The Individual Right to Asylum under Article 3 of the European Convention on Human Rights”, *Michigan Yearbook of International Legal Studies*, vol. 3, 1982, pp. 477-492.

⁶ El artículo 3 del CEDH establece que “Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”.

miento fuesen posteriores a éste y corrieran a cargo de un tercer estado. Para el TEDH tanto constituye violación del artículo 3 el hecho mismo del alejamiento en estas circunstancias, como el maltrato físico o psíquico en el país de destino⁷.

Después del caso *Soering*, el artículo 3 continuó siendo aplicado a supuestos de alejamiento de extranjeros del territorio de los estados parte, tanto en caso de extradición como en caso de expulsión u otras medidas con el mismo resultado. En algunos de ellos, fue tomada en cuenta la situación específica como solicitantes de asilo de las eventuales víctimas de una violación del artículo 3, como por ejemplo, en los casos *Ahmed* de 1996⁸, *Hilal* de 2001⁹, y *N. contra Finlandia* de 2005¹⁰.

1. EL ARTÍCULO 3 DEL CONVENIO EUROPEO DE LOS DERECHOS HUMANOS VERSUS EL ARTÍCULO 33 DE LA CONVENCION DE GINEBRA EN LA PROTECCIÓN DE LOS REFUGIADOS RECONOCIDOS

En el primero de ellos se planteaba el alejamiento de *Ahmed*, un demandante de asilo somalí a quien se había retirado el estatuto de refugiado debido a una condena de dos años y medio de prisión por tentativa de robo con violencia. De acuerdo con la ley austriaca aplicada, un refugiado pierde esta cualidad si comete un “crimen o delito particularmente grave” en el sentido del artículo 33.2 de la Convención de Ginebra¹¹. Como, por la

⁷ De acuerdo con Henry Labayle, si bien el CEDH no garantiza *en absoluto* el derecho de acceso de los extranjeros o el derecho de quedarse en el territorio de un estado parte, sí prohíbe que un derecho garantizado por el Convenio sea afectado *par ricochet* en el momento de ejecutar una medida de alejamiento. LABAYLE, H., “L’*éloignement des étrangers devant la Cour européenne des droits de l’homme*”, *Revue Française de Droit Administratif*, vol. 13, n° 5, 1997, p. 977.

⁸ *Ahmed v. Austria*, n° 25964/94, 17 de diciembre de 1996, *Recueil* 1996-VI.

⁹ *Hilal v. the United Kingdom*, n° 45276/99, 6 de marzo de 2001, ECHR 2001-II.

¹⁰ *N. v. Finland*, n° 38885/02, 26 de julio de 2005, ECHR.

¹¹ Aunque el apartado 2 del artículo 33 se refiere a la posibilidad de los estados partes de aplicar excepciones al principio de *non-refoulement*, y no a la pérdida de la condición de refugiado, prevista en el artículo 1. El artículo 33 de la Convención de Ginebra sobre el estatuto de los refugiados establece: “Ningún estado contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, su religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o de sus opiniones políticas./ 2. Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la

pena aplicable, el delito cometido era de tal naturaleza según la normativa interna, el ministerio del interior consideró que *Ahmed* había perdido el beneficio de su estatuto de refugiado, y que no era necesario examinar ni si la condena era justa ni cuál era la situación en Somalia¹².

El TEDH retomó su propia jurisprudencia establecida tan sólo un mes antes en el caso *Chahal*¹³ y consideró que, al consagrar uno de los *valores fundamentales de las sociedades democráticas*, el artículo 3 del CEDH prohibía en términos *absolutos* la tortura o las penas o los tratos inhumanos o degradantes, *sean cuales sean las actuaciones de la víctima*¹⁴. En el caso *Ahmed*, el Tribunal afinó esta interpretación teniendo en cuenta la calidad de refugiado del demandante al manifestar expresamente que la protección garantizada por el artículo 3 era *más amplia* que la prevista por el artículo 33 de la Convención de las Naciones Unidas de 1951 relativa al estatuto de los refugiados¹⁵.

La protección que ofrece el Convenio Europeo contra la expulsión de los demandantes de asilo es más extensa que la que proporciona el artículo 33 de la Convención de Ginebra, en primer lugar, porque el ámbito de aplicación personal del Convenio Europeo es más amplio que el de la Convención de Ginebra, que sólo alcanza a los refugiados; y, en segundo lugar, porque la aplicación del artículo 3 CEDH a los casos de alejamiento del territorio no depende de una ponderación entre el riesgo de la persona en el estado de destino y el riesgo para la comunidad de acogida si la persona se queda, ponderación que sí requiere el artículo 33 de la Convención de Ginebra para aplicar el principio de *non-refoulement*.

Sin decirlo expresamente, a través de la interpretación del artículo 3 en un caso de alejamiento de un refugiado, el TEDH reconduce una interpretación incorrecta de la Convención de Ginebra por parte de Austria, que confunde lo que en esta Convención son las causas de retirada del estatuto de refugiado¹⁶ con las excepciones a la aplicación del principio de *non-refoulement*¹⁷. Las autoridades austriacas retiraron a *Ahmed* la condición de

seguridad el país donde se encuentra o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país”.

¹² *Ahmed v. Austria*, nº 25964/94, 17 de diciembre de 1996, §13, *Recueil* 1996-VI.

¹³ *Chahal v. the United Kingdom* [GC], nº 22414/93, 15 de noviembre de 1996, *Recueil* 1996-V.

¹⁴ *Ahmed v. Austria*, nº 25964/94, 17 de diciembre de 1996, § 40, *Recueil* 1996-VI. Para el Tribunal, las actuaciones de la víctima *no pueden ser tomadas en cuenta* (§41).

¹⁵ *Ibidem*, §41.

¹⁶ Artículo 1.C de la Convención de Ginebra.

¹⁷ Artículo 33.2 de la Convención de Ginebra.

refugiado por causas que según la Convención de Ginebra sólo justifican que no se aplique el principio de *non-refoulement*. Ello ocurre cuando el refugiado es considerado un peligro para la seguridad del país donde se encuentra o cuando ha sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, y constituye una amenaza para la seguridad del país¹⁸. Un refugiado a quién no se aplica el principio de *non-refoulement* por una de las razones previstas no deja de ser un refugiado, es decir, alguien que teme ser sometido a persecución en su país de origen¹⁹. La interpretación de la excepción al *non-refoulement* debe ser, tal como se configura en el sistema de la Convención de Ginebra, restrictiva, y sólo debe poder aplicarse de forma excepcional o en casos extremos²⁰.

En el contexto de la protección del CEDH, el imperativo del *non-refoulement* aplicable a los refugiados se convierte en una protección absoluta si la *persecución* temida alcanza el estándar del riesgo prohibido del artículo 3 del CEDH lo que, en principio, ocurrirá siempre (aunque no al revés). De forma más general, incluso puede afirmarse que las excepciones a la regla del *non-refoulement* establecidas en la Convención de Ginebra de 1951 ya no son aplicables en casos en que se vulnerarían principios o normas consuetudinarias imperativas o inderogables, como la que prohíbe el riesgo de ser sometido a tortura²¹.

¹⁸ La ponderación entre la situación del refugiado y la seguridad del país de asilo sólo se hace, en la Convención de Ginebra, para excluir la aplicación del principio de *non-refoulement* (y para excluir a una persona del estatuto de refugiado), pero no para hacerle cesar en su estatuto.

¹⁹ Aunque también esta sea la opción de la Directiva 2004/83/CE del Consejo de 29 de abril de 2004 *por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como a refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida*, DOUE 30.9.2004, L 304/12-23, que en su artículo 14.4 establece como causas de revocación del estatuto de refugiado las causas que permiten que un estado no aplique el principio de *non-refoulement* según el artículo 33.2 de la Convención de Ginebra.

²⁰ El rechazo o *refoulement* sólo estará autorizado en última instancia, es decir, cuando es *estrictamente necesario proteger la seguridad del país o la comunidad del estado de asilo de un riesgo importante e inaceptable de daño*. HATHAWAY, J. C., HARVEY, C. J., "Framing Refugee Protection in the New World Disorder", *Cornell International Law Journal*, vol. 34, nº 2, 2001, pp. 257-320. También en este sentido, JULIEN-LAFERRIERE, Fr., "Le traitement des réfugiés et des demandeurs d'asile au point d'entrée", *Revue Universelle des Droits de l'Homme*, nº 2, 1990, p. 57.

²¹ En estos casos, "la excepción prevista en el artículo 33.2 de la Convención de Ginebra autorizando a un estado a rechazar o a expulsar refugiados condenados por delitos u otros crímenes particularmente graves o que constituyen un peligro para la sociedad del país

En el razonamiento de la sentencia, además, el TEDH expresa la importancia que tiene en el caso juzgado que a la eventual víctima del artículo 3 del Convenio le hubiese sido reconocido el estatuto de refugiado²². Es decir que, para el Tribunal, un refugiado (que según la Convención de Ginebra no deja de serlo al convertirse en un peligro para el país de acogida, aunque sí podría ser sometido a una medida de *refoulement*), no puede ser expulsado del territorio de un estado parte en el CEDH si ello le expone a un riesgo real de ser sometido a tratos contrarios al artículo 3 de este Convenio en el país de destino.

Los demandantes de asilo también pueden beneficiarse del derecho de no ser expulsados o rechazados hacia su país de origen o hacia terceros estados cuando se dan determinadas circunstancias que se deriva del artículo 7 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966²³, y del artículo 3 de la Convención contra la tortura de 1984²⁴.

de acogida resulta (...) inoperante”. FLAUSS, J.-Fr., “Les droits de l’homme et la Convention de Genève du 28 juillet au statut des réfugiés”, en CHETAİL, V., FLAUSS, J.-Fr. (eds.). *La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés 50 ans après: bilan et perspectives*, Bruylant, Bruselas, 2001, p. 117.

²² “Junto con la Comisión, el Tribunal presta mucha importancia al hecho de que el 15 de mayo de 1992, el ministro austriaco de Interior otorgó al demandante el estatuto de refugiado en el sentido de la Convención de Ginebra, considerando creíbles las alegaciones del interesado según las cuales sus actividades en un grupo de oposición y la situación general en Somalia hacían temer persecuciones a su retorno a este país. Si, dos años más tarde, el demandante perdió su calidad de refugiado, fue únicamente por razón de su condena penal y sin que fuesen tomadas en cuenta las consecuencias de una expulsión para el interesado”. *Ahmed v. Austria*, nº 25964/94, 17 de diciembre de 1996, § 42, *Recueil* 1996-VI.

²³ Este artículo reza “Nadie será sometido a tortura ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”. El Comité de Derechos Humanos ha considerado que “la obligación estipulada en el artículo 2 de que los Estados Parte respeten y garanticen los derechos reconocidos en el Pacto a todas las personas que estén en su territorio y a todas las que estén bajo su control implica que los Estados Parte están obligados a no extraditar, deportar, expulsar o hacer salir de algún modo de su territorio a una persona cuando haya razones de peso para creer que existe un riesgo real de daño irreparable, tal como el daño previsto en los artículos 6 y 7 del Pacto, en el país hacia el que se va a efectuar esa salida forzada o en cualquier país al que la persona sea expulsada posteriormente”: *Observación General Nº 31 Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*, de 2004, §12; y también, en el mismo sentido, *Observación General Nº 20 Artículo 7 Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, de 1992, § 9; en *Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos*, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), 27 de mayo de 2008.

²⁴ El artículo 3 de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes establece “1. Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolu-

El Comité de Derechos Humanos ha interpretado el artículo 7 del Pacto de una forma similar a como el TEDH ha interpretado el artículo 3 del CEDH. En el caso *Kindler contra Canadá* de 1993 consideró que si la “consecuencia necesaria y previsible” de que un estado expulse a una persona que se encuentra bajo su jurisdicción es que sus derechos reconocidos en el Pacto serían violados en otra jurisdicción, el estado que ha realizado la expulsión puede incurrir en una violación del Pacto²⁵. Aunque en la práctica, en algunos casos, el Comité de Derechos Humanos ha sido más restrictivo que el Tribunal Europeo para establecer que efectivamente existía un riesgo de sufrir tratos contrarios al artículo 7 del Pacto en caso de alejamiento, su jurisprudencia también ha demostrado ser útil en casos protagonizados por demandantes de asilo²⁶. La revisión de la jurisprudencia del Comité aplicada en el caso *Kindler* sobre que la extradición de una persona a un estado en que podría ser sometida a la pena de muerte no era contraria al artículo 6 del Pacto (derecho a la vida)²⁷, ha favorecido que algunos

ción o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura. /2. A los efectos de determinar si existen esas razones, las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, inclusive, cuando proceda, la existencia en el Estado de que se trate de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos”.

²⁵ *Kindler c. Canadá*, Comunicación N° 470/1991, dictamen del Comité de Derechos Humanos de 30 de julio de 1993, CCPR/C/48/D/470/1991 (1993), §6.2. Para el Comité “un estado parte incurrirá en violación del Pacto si entrega a una persona a otro estado en circunstancias en que es previsible que la persona será sometida a torturas. El carácter previsible de la consecuencia significa que existió una violación actual cometida por el Estado Parte, aún cuando la consecuencia tuviera lugar más tarde”. No se trata, por tanto, de establecer si el estado de destino se violarán los derechos del Pacto, sino si con el alejamiento se expone a una persona a un riesgo *efectivo* de violación de sus derechos conforme al Pacto, *Ibidem*, §13.1.

²⁶ En el caso *Kindler c. Canadá*, anteriormente citado, por ejemplo, el Comité consideró finalmente que la extradición del demandante no violaba, entre otros, el artículo 7 a causa de su previsible sometimiento al *corredor de la muerte*, aunque este hecho sí había sido considerado violación del artículo 3 CEDH por parte del TEDH en el caso *Soering*. El Comité de Derechos Humanos se refirió a la jurisprudencia *Soering* pero consideró, entre otras cosas, que la vulnerabilidad del demandante no era tan elevada.

²⁷ *Roger Judge c. Canadá*, Comunicación N° 829/1998, dictamen del Comité de Derechos Humanos de 5 de agosto de 2003, CCPR/C/78/D/829/1998, §10.3-4. Según este dictamen “Los países que han abolido la pena capital, tienen la obligación de no exponer a una persona al riesgo real de su aplicación. Así pues, no pueden devolver, por expulsión o por extradición, a las personas de su jurisdicción si se puede prever razonablemente que serán condenadas a muerte, sin exigir garantías de que la condena no se ejecutará” (§10.4).

casos de expulsiones sean considerados contrarios al artículo 7, sin que tampoco puedan entrar en consideración cuestiones relativas a la peligrosidad de la persona para llegar a la conclusión de que existe o no violación²⁸.

A diferencia tanto del Comité de Derechos Humanos como del TEDH, el Comité contra la tortura no ha tenido que inferir de las previsiones en los textos convencionales una prohibición implícita de rechazo o expulsión de las personas que corrieran un riesgo real de ser sometidas a tortura en el país de destino, puesto que ésta se prevé expresamente en el artículo 3 de la Convención contra la tortura. El Comité ha considerado, al igual que el TEDH respecto del artículo 3 del CEDH, que el derecho derivado de la obligación de los estados de no expulsar, rechazar o extraditar a personas hacia otros estados donde pudiesen ser sometidas a tortura es un derecho de carácter absoluto²⁹. Así, en relación con la Convención de Ginebra sobre el estatuto de los refugiados de 1951, la protección contra el alejamiento es más amplia en la Convención contra la tortura para aquellos casos en que el temor de persecución coincida con un temor de sufrir tortura, ya que el artículo 3 de ésta se aplica con independencia de que la persona haya cometido delitos por más graves que éstos sean³⁰.

La Convención contra la tortura ofrece, no obstante, una protección más restringida que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y que el Convenio Europeo de protección de los Derechos Humanos frente las medidas de alejamiento de los demandantes de asilo, porque el derecho a no ser rechazado o expulsado está limitado a casos en que exista un ries-

²⁸ Por ejemplo, *Yin Fong, Kwok c. Australia*, Comunicación N° 1442/2005, dictamen del Comité de Derechos Humanos de 23 de octubre de 2009, CCPR/C/97/D/1442/2005, § 9.4. El artículo 7, además, es uno de los preceptos que no admiten derogación ni en caso de “peligro público excepcional que amenaza la existencia de la nación” de acuerdo con el artículo 4.2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

²⁹ *Paez c. Suecia*, Comunicación N° 39/1996, decisión del Comité contra la tortura de 28 de abril de 1997, CAT/C/18/D/39/1996, § 14.5; *Seid Mortesa Aemei c. Suiza*, Comunicación N° 34/1995, decisión del Comité contra la tortura de 29 de mayo de 1997, CAT/C/18/D/34/1995, § 9.8; *Ahmed Hussein Mustafa Kamil Agiza c. Suecia*, Comunicación N° 233/2003, decisión del Comité contra la tortura 20 de mayo de 2005, CAT/C/34/D/233/2003, §13.8. Se discute, no obstante, que algunos desarrollos jurisprudenciales del Comité puedan poner en riesgo este carácter absoluto: DOERFEL, J., “The Convention against torture and the protection of refugees”, *Refugee Survey Quarterly (RSQ)*, vol. 24, n° 2, 2005, p. 92 (83-97).

³⁰ *M.B.B. c. Suecia*, Comunicación N° 104/1998, decisión del Comité contra la tortura de 5 de mayo de 1999, CAT/C/22/D/104/1998, § 6.4.

go real de sufrir tortura en el país de destino, y en los otros dos instrumentos el derecho alcanza al riesgo de sufrir tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes³¹. A su favor, no obstante, ha sido puesto de relieve que el sistema de la Convención contra la tortura tiene como ventaja la ausencia de formalismo en la presentación de comunicaciones, y la aplicación de estándares de prueba más bajos³².

2. LA VULNERABILIDAD ESPECIAL DE LOS DEMANDANTES DE ASILO COMO ELEMENTO QUE CUALIFICA EL RIESGO DE SUFRIR TRATOS PROHIBIDOS POR EL ARTÍCULO 3 EN CASO DE ALEJAMIENTO AL PAÍS DE ORIGEN

Al aplicar el artículo 3 del CEDH a supuestos de alejamiento del territorio, el TEDH toma en consideración la gravedad del riesgo de sufrir los tratos prohibidos y la severidad misma de esos tratos y, para valorar estos elementos, también examina la situación personal de la eventual víctima. El TEDH tiene en cuenta, por tanto, la vulnerabilidad de la persona que podría ser sometida a tratos contrarios al artículo 3, que puede derivarse de sus circunstancias personales, de su edad, de su sexo, estado de salud y, también de su condición de demandante de asilo. En el caso *Hilal contra el Reino Unido*, el demandante no había llegado a obtener asilo duradero ni el reconocimiento del estatuto de refugiado, pero el TEDH sí tuvo en cuenta su condición de demandante de asilo.

Said Mohammed Hilal, nacional de Tanzania, pidió asilo en el Reino Unido por el riesgo que corría de sufrir tortura y maltratos si era retornado a su país debido a su activismo político y al hecho de pertenecer a un partido opositor. En defensa de su petición argumentaba que ya había sido detenido y sometido a tortura antes de irse, que su hermano había sido también torturado y había muerto a consecuencia de los malos tratos sufri-

³¹ *T.M. c. Suecia*, Comunicación Nº 228/2003, decisión del Comité contra la tortura de 18 de noviembre de 2003, CAT/C/31/D/228/2003, §6.2. La tortura se define en el artículo 1 de la Convención como actos que producen sufrimientos agudos físicos o mentales “intencionadamente” para obtener determinados fines (confesiones, castigos, intimidaciones) por parte de un “funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia”.

³² LAMBERT, H., “Protection against *refoulement* from Europe: Human Rights law comes to the rescue”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 48, nº 3, 1999, p. 543 (513-544). Comentando la complementariedad de los distintos conjuntos normativos, BETTS, A., “The Refugee Regime Complex”, *RSQ*, vol. 29, nº 1, 2010, pp. 21-22 (12-37).

dos, que estaba siendo buscado por las autoridades, y que las actuaciones de la policía de su país no garantizaban un trato justo en el caso de que fuese detenido (alegaba la existencia de asesinatos extrajudiciales de sospechosos, de detenciones indefinidas, etc.).

Las autoridades británicas consideraron que su relato adolecía de credibilidad, que no se aportaban suficientes pruebas y que, de todas formas, incluso si las alegaciones fuesen ciertas, el demandante podía vivir a salvo en algún lugar de Tanzania. El TEDH consideró que, para valorar la realidad del riesgo en caso de retorno a Tanzania, tenía que tener en cuenta todos los materiales que se le habían suministrado y, si era necesario, material obtenido *proprio motu*³³ y consideró, en función de éstos, que no había base para rechazar los elementos de prueba del demandante en tanto que *falsificados* o *fabricados* y que su relato no podía ser considerado como *incoherente*³⁴.

Para el TEDH, llegados a este punto, la cuestión que era necesario dilucidar era si, por el hecho de haber solicitado asilo en el extranjero, el demandante podía correr riesgo de ser sometido a tratos inhumanos o degradantes si retornaba al país de origen. El TEDH consideró que este hecho aumentaba la vulnerabilidad de *Hilal* ante las autoridades del estado de origen y que, por todo ello, no podía ser devuelto a éste, sin que ello constituyera una violación del artículo 3 del CEDH. Además, el TEDH descartó la opción de un reasentamiento interior por parte del demandante o *internal flight alternative*, ya que consideró que la situación en Tanzania no garantizaba su seguridad³⁵.

La vulnerabilidad especial de una persona por el hecho ser o haber sido demandante de asilo también ha sido tenida en cuenta por parte del Comité de Derechos Humanos. En cambio, el Comité contra la tortura ha considerado que no le incumbe la “condición jurídica” de la persona en el país en que se encuentra³⁶. En la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos destacan a este respecto los casos de *Diene* y *Fatoumata Kaba* y de *Mehrez Ben Abde Hamida*. En el primero de ellos, la vulnerabilidad de las afectadas provenía de su condición de demandantes de asilo pero, sobre

³³ *Hilal v. the United Kingdom*, nº 45276/99, § 60, 6 de marzo de 2001, ECHR 2001-II.

³⁴ *Ibidem*, §§ 63-64.

³⁵ *Ibidem*, § 67.

³⁶ *M.B.B. c. Suecia*, Comunicación Nº 104/1998, decisión del Comité contra la tortura de 5 de mayo de 1999, CAT/C/22/D/104/1998, § 6.4. En este caso se alegaba que la persona no tenía derecho de asilo de acuerdo con la Convención de Ginebra.

todo, de su indefensión ante el peligro real de que Fatoumata (hija de Diene, que había huido de Guinea con su madre a la edad de seis años hacia Canadá donde pidieron asilo) pudiera llegar a ser sometida a ablación genital en su país de origen a instancias de su padre y la familia de éste. El Comité consideró que el sometimiento de una mujer a mutilación genital constituía trato prohibido en virtud del artículo 7 del Pacto y tuvo en cuenta que tradicionalmente en Guinea las mujeres eran sometidas a esa práctica. Para determinar si la hija de la autora corría un riesgo real y personal de ser mutilada, el Comité consideró que la mutilación genital femenina era una práctica generalizada y extendida en el país, y que existía un *riesgo real* de que Fatoumata Kaba fuera sometida a ella en caso de ser expulsada a Guinea³⁷.

En el caso *Mehrez Ben Abde Hamida*, tunecino que pidió ser reconocido como refugiado en Canadá por sus opiniones políticas, la vulnerabilidad del autor a causa de su condición como demandante de asilo fue reconocida expresamente por el Comité de Derechos Humanos. Según su versión, había trabajado en diversos puestos del Ministerio del Interior en donde tuvo problemas por no compartir estrategias de uso de la fuerza en investigaciones policiales. Su disidencia en la policía tunecina hizo que fuera sometido a una estricta vigilancia administrativa, detenido durante seis meses y que fuese dictada en su contra una orden de busca y captura. La solicitud de asilo le fue denegada por falta de credibilidad y porque, según las autoridades encargadas de decidir sobre su solicitud, de todos modos, su trabajo en el Ministerio del Interior llevaba a considerar que incurría en causas de exclusión del estatuto de refugiado. El Comité de Derechos Humanos consideró que los hechos relativos a su disidencia, detención etc. no habían sido impugnados por Canadá y que, el haber trabajado en el Ministerio del Interior y, después, sancionado y detenido por su disidencia, avalaba la tesis de que el riesgo de que fuese considerado un opositor político y, por ello, sometido a tortura, era real. El Comité estableció que el riesgo había *aumentado con la presentación de la solicitud de asilo* en Canadá, puesto que ello aumentaba las posibilidades de que fuese considerado opositor al régimen³⁸.

³⁷ *Diene Kaba c. Canadá*, Comunicación N° 1465/2006, dictamen del Comité de Derechos Humanos de 25 de marzo de 2010, CCPR/C/98/D/1465/2006, §10.1-2.

³⁸ *Mehrez Ben Abde Hamida c. Canadá*, Comunicación N° 1544/2007, dictamen del Comité de Derechos Humanos de 18 de marzo de 2010, CCPR/C/98/D/1544/2007, § 8.7 (cursivas añadidas).

3. LA FLEXIBILIZACIÓN DEL REQUISITO DE LA INDIVIDUALIZACIÓN DEL RIESGO EN CASO DE VIOLENCIA GENERALIZADA EN EL PAÍS DE ORIGEN PARA CONSIDERAR QUE EXISTE VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 3 DEL CEDH EN CASO DE EXPULSIÓN DE DEMANDANTES DE ASILO

Otro punto de la interpretación del artículo 3 del Convenio Europeo en su aplicación a casos de alejamiento del territorio que favorece la protección de los demandantes de asilo por razón de su vulnerabilidad especial es el relativo a la flexibilización del requisito de la individualización del riesgo en el país de destino en contextos de violencia generalizada.

El riesgo de violación del artículo 3 en el estado de destino debe ser *real* y, por tanto, el maltrato de previsible consumación si se produce el alejamiento. Para valorar la *realidad* del riesgo, el TEDH examina la situación personal del demandante y la situación general en el estado de destino y, en lo que atañe a este último aspecto, su primera doctrina establecía que un contexto de violencia generalizada, conflicto, o guerra civil no era suficiente para considerar que la víctima podía ser sometida a un riesgo *real* de sufrir tratos contrarios al artículo 3 en caso de alejamiento. El TEDH consideraba que era necesario un cierto elemento distintivo de *individualización* del riesgo.

Esta línea interpretativa fue utilizada en el caso *Vilvarajah contra el Reino Unido*. El Tribunal europeo hizo una interpretación comparativa para considerar que el retorno de cinco personas a quien se había rechazado asilo a su país de origen no era contrario al artículo 3 del CEDH³⁹. En este caso, que fue juzgado cuando los demandantes ya habían sido retornados a su país en donde tres de ellos fueron efectivamente maltratados tras la vuelta, el TEDH consideró que el Reino Unido no era responsable de violación del artículo 3⁴⁰.

También en el caso *HLR contra Francia*, el TEDH concluyó que, por si mismo, un contexto caracterizado por una *situación general de violencia*

³⁹ “Las pruebas proporcionadas al Tribunal por lo que se refiere a los antecedentes de los demandantes y al contexto general en Sri Lanka no establecen que la situación personal de los interesados sería peor que la de la generalidad de los miembros de la comunidad Tamil o de otros jóvenes Tamil de sexo masculino que vuelven a su país”. *Vilvarajah and others v. the United Kingdom*, nº 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87 y 13448/87, 30 de octubre de 1991, § 111, Serie A nº 215

⁴⁰ “Ningún elemento distintivo (...) hubiera podido o hubiera debido permitir al ministro prever que esto pasaría”. *Ibidem*, §112.

en el país de destino no comporta una violación del artículo 3 en caso de expulsión⁴¹.

Esta interpretación tan restrictiva, no obstante, empezó a ser flexibilizada en las sentencias *Chamaïev y otros doce contra Rusia y Georgia*⁴², y *N. contra Finlandia*, de 2005. La última de estas dos sentencias es especialmente significativa puesto que los paralelismos que guarda el caso que resuelve con el caso *HLR* hacen evidente un giro interpretativo. En los dos casos, las víctimas basaban su vulnerabilidad especial como demandantes de asilo en haber sido informadores delatores de sus supuestos perseguidores. En *HLR contra Francia*, el hecho de haber sido un informador o delator en el contexto del tráfico de drogas en Colombia no había sido considerado determinante.

El TEDH suavizó considerablemente sus postulados interpretativos sobre la necesidad de un riesgo individualizado en situaciones de violencia generalizada en *N. contra Finlandia*, aún sin desmarcarse expresamente de su jurisprudencia anterior. El Tribunal consideró que el demandante podía sufrir un riesgo real de ser perseguido en la RD del Congo incluso seis años después de haberse ido del país porque había sido un informador infiltrado de una fuerza especial del presidente Mobutu. Los maltratos a los que el demandante podía enfrentarse de retornar a su país provenían tanto de las autoridades como de los familiares de los disidentes, sedientos de

⁴¹ *HLR c. France* [GC], nº 24573/94, 29 de abril de 1997, *Recueil* 1997-III. En el caso, se trataba de la expulsión hacia Colombia de un traficante de droga que ya había cumplido pena de prisión por los hechos delictivos que se le imputaban y que alegaba que en los interrogatorios ante la policía francesa había delatado a sus superiores, lo que le convertía en especialmente vulnerable respecto de sufrir malos tratos a su retorno. Aunque se aportaron a la causa informes de Amnistía Internacional y de la organización *Rights International* sobre la situación en Colombia, el TEDH consideró que nada probaba que el riesgo invocado era *real* en la persona del demandante y que, si bien había alguna posibilidad de venganza, ningún documento demostraba que la “situación personal del interesado sería peor que la de los otros colombianos en caso de retorno” (§ 42).

⁴² *Chamaïev et 12 autres c. Géorgie et Russie*, nº 36378/02, §364-368, 12 de abril de 2005, CEDH 2005-III. En este caso se trataba de valorar si la extradición hacia Rusia y Georgia de personas de origen checheno podía poner a éstas en situación de riesgo real de sufrir tratos contrarios al artículo 3. El TEDH tuvo en cuenta de forma determinante la evolución de la situación general en el lugar de destino, en lugar de centrarse en la individualización del riesgo por la ejecución de medidas adoptadas válidamente dos años antes. Así, consideró que el empeoramiento general del fenómeno de violencia generalizada contra personas de origen checheno comportaba que la ejecución de la extradición supusiera una violación del artículo 3.

venganza por la actividad del demandante al servicio de Mobutu. En el caso *HLR contra el Reino Unido* el riesgo provenía también de entidades privadas, pero en el caso *N contra Finlandia* el riesgo se consideró *real* porque el demandante se había significado públicamente y, además, el procedimiento de asilo en Finlandia tuvo un cierto alcance mediático, lo que podría haber acrecentado las ansias de venganza en el país de origen⁴³.

El cambio en la interpretación del TEDH es sutil porque el análisis sigue siendo formalmente comparativo, pero rompe con una valoración demasiado restrictiva de la exigencia de individualización del riesgo en casos en que la violencia es generalizada, y permite tener en cuenta la vulnerabilidad especial de ciertas personas como los demandantes de asilo. Este giro también es perceptible y se desarrolla en sentencias posteriores en un período considerado “activista” en la jurisprudencia del TEDH⁴⁴ : *Salah Sheekh contra Países Bajos* de 11 de enero de 2007⁴⁵, *Saadi contra Italia* de 28 de febrero de 2008⁴⁶; *NA contra el Reino Unido* de 17 de julio de 2008⁴⁷; *Abdolkhani y Karimnia contra Turquía* de 22 de septiembre de 2009⁴⁸, *Baysakov y otros contra Ucrania*, de 18 de febrero de 2010⁴⁹, y *Mawaka contra los Países Bajos* de 1 de junio de 2010⁵⁰.

La sentencia del caso *Salah Sheekh* tiene una especial importancia por-

⁴³ *N. v. Finland*, nº 38885/02, §162, 164-165, 26 de julio de 2005, ECHR.

⁴⁴ BOSSUYT, M., *Strasbourg et les demandeurs d'asile: des juges sur un terrain glissant*, Bruylant, Bruselas, 2010, p. 139.

⁴⁵ *Salah Sheekh v. The Netherlands*, nº 1948/04, 11 de enero de 2007, ECHR. Comenta esta sentencia, QUESADA ALCALÁ, C., “A vueltas con Europa y su política de asilo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos. Asunto Salah Sheekh c. Países Bajos de 11 de enero de 2007”, *Revista General de Derecho Europeo (RGDE)*, nº 13, 2007.

⁴⁶ *Saadi v. Italy* [GC], nº 37201/06, 28 de febrero de 2008, ECHR. Para un análisis detallado del caso, CONDE, E., “TEDH- Sentencia de 28.02.2008, Saadi c. Italia, 37201/06- Artículo 3 CEDH- Prohibición de torturas o penas o tratos inhumanos o degradantes- Terrorismo v. Tortura”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo (RDCE)*, nº 32, 2009, pp. 275-290.

⁴⁷ *NA v. the United Kingdom*, nº 25904/07, 17 de julio de 2008, ECHR.

⁴⁸ *Abdolkhani and Karimnia v. Turkey*, nº 30471/08, 22 de septiembre de 2009, ECHR.

⁴⁹ *Baysakov and others v. Ukraine*, nº 54131/08, 18 de febrero de 2010, ECHR.

⁵⁰ En este caso el demandante argumentaba que su temor provenía de la situación en el Congo en 1996, y el Tribunal consideró que la situación continuaba siendo preocupante, aunque mejor, pero que en todo caso no era de tal calado como para comportar que cualquier retorno necesariamente supondría una violación del artículo 3. *Mawaka v. The Netherlands*, nº 29031/04, 1 de junio de 2010, ECHR.

que en ella el TEDH consolida la tendencia hacia la relativización de la exigencia de una individualización del riesgo en caso de violencia generalizada y marca los ejes de su jurisprudencia posterior en esta materia. En el caso se planteaba la conformidad con el artículo 3 del CEDH de la expulsión del demandante, miembro de una minoría y con un historial de maltratos sufridos personalmente y por parte de su familia, hacia una zona relativamente segura de Somalia. El riesgo, según la interpretación del TEDH, debe ser personal, previsible y alcanzar el umbral de gravedad necesario para entrar en el ámbito de aplicación del artículo 3, pero no es necesario estar en peor situación que otros miembros de una minoría en un contexto de *failed state*, en donde la seguridad depende de la protección de clanes mayoritarios⁵¹.

Resumiendo su propia doctrina, en la sentencia *NA contra el Reino Unido*, el TEDH estableció como principio general que el examen de los hechos en cada caso debe concentrarse en cuáles son las consecuencias previsibles del retorno del demandante a un país determinado, y ello tiene que establecerse, por una parte, a la luz de la “situación general” en el país de que se trate y, por otra, teniendo en cuenta las “circunstancias personales” del demandante. Además, el TEDH estableció que, de acuerdo con su jurisprudencia, nunca había excluido la posibilidad de que una situación general de violencia en un país de destino tuviera un tal nivel de intensidad que comportara que un alejamiento hacia el mismo supusiera en cualquier caso una violación del artículo 3 del Convenio⁵².

Cuantas más pruebas pueda aportar una persona de la existencia de circunstancias que le distingan o que le individualicen ante un riesgo de sufrir tortura o tratos inhumanos o degradantes, menor será el nivel de violencia generalizada exigido en el país de destino. Por eso, tal como el TEDH consideró en el caso *Baysakov y otros contra Ucrania*, el reconocimiento de los demandantes como refugiados por parte de las autoridades

⁵¹ El TEDH estableció que el demandante y su familia, al ser miembros de una minoría, “eran presa fácil, como también lo eran otras tres familias Ashraf que vivían en el mismo pueblo” y que no podía pedirse que el demandante probara “la existencia de más características distintivas especiales que le afecten a él personalmente para mostrar que estaba, y continúa estando personalmente en riesgo”. *Salah Sheekh v. The Netherlands*, n° 1948/04, § 148, 11 de enero de 2007, ECHR.

⁵² Aunque ello sólo ocurriría “en los casos más extremos de violencia general”. *Ibidem*, §114-115. En determinadas situaciones, el hecho de exigir “más circunstancias especiales distintivas” podría llevar a convertir en “ilusoria la protección ofrecida por el artículo 3”. *Abdolkhani and Karimnia v. Turkey*, n° 30471/08, § 75, 22 de septiembre de 2009, ECHR.

del estado en que se encontraban confirmaba sus alegaciones de persecución política, lo que, junto con numerosos informes solventes sobre tortura, maltratos y palizas rutinarias a detenidos suponía que la extradición de los demandantes al Kazajstán sería contraria al artículo 3 del CEDH⁵³.

En esencia, la doctrina del TEDH sobre la exigencia de una individualización del riesgo, matizada por la gravedad de una situación de violencia generalizada en el país de destino, es equivalente a la defendida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en la sentencia del caso *Elgafaji* de 17 de febrero de 2009⁵⁴, al interpretar el alcance del término “individuales” en la expresión “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” del artículo 15 de la Directiva 2004/83/CE del Consejo de 29 de abril de 2004⁵⁵. Este artículo define qué son *daños graves* a efectos del derecho a la obtención de una protección subsidiaria⁵⁶. Por su parte, el Comité contra la tor-

⁵³ *Baysakov and others v. Ukraine*, nº 54131/08, §§ 49-50, 18 de febrero de 2010, ECHR.

⁵⁴ Sentencia de 17 de febrero de 2009, *Meki Elgafaji y Noor Elgafaji contra Staatssecretaris van Justitie*, C-465/07, Rec. p. I-921-958. Las circunstancias del caso se detallan en ACOSTA SÁNCHEZ, M. A. y REMI NJIKI, M., “TJCE-Sentencia de 17.02.2009, Elgafaji c, Staatssecretaris van Justitie – C-465/07 – Política europea de asilo y refugio – Artículo 3 CEDH – Protección subsidiaria – Amenazas graves e individuales contra la vida o la integridad física de un civil motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto armado – Prueba”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo-RDCE*, nº 35, 2010, pp. 239-255; y en SALAMANCA AGUADO, M. E., “La protección subsidiaria de personas amenazadas por violencia indiscriminada en situaciones de conflicto armado. Comentario a la sentencia del TJCE de 17 de febrero de 2009, en el asunto Elgafaji (C-465/07)”, *RGDE*, nº 19, 2009, pp. 7-15.

⁵⁵ Directiva por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y a contenido de la protección concedida. *DOUE* 30.9.2004, N° L 304/12-23.

⁵⁶ Para el TJUE se trata de “los daños dirigidos contra civiles sin consideración de su identidad, cuando el grado de violencia indiscriminada que caracteriza el conflicto armado existente llega a tal extremo que existen motivos fundados para creer que un civil expulsado al país de que se trate o, en su caso, a la región de que se trate, se enfrentaría, por el mero hecho de su presencia en el territorio de éstos, a un riesgo real de sufrir las amenazas graves a las que se refiere el artículo 15, letra c) de la Directiva”. Sentencia de 17 de febrero de 2009, asunto *Meki Elgafaji, Noor Elgafaji y Staatssecretaris van Justitie*, C-465/07, Rec. p.I-954, §35. Una situación de este tipo es considerada por el TJUE como excepcional, al igual que el TEDH. Comenta esta sentencia, considerando la equivalencia de las dos interpretaciones (p. 345), DAUTRICOURT, C., “Commentaire. Arrêt «Elgafaji»”, *Revue du Droit de l'Union Européenne*, nº 2, 2009, pp. 338-346.

tura ha reiterado, desde la decisión *Mutombo contra Suiza* de 1994 que, al establecer si existiría peligro de que una persona sufriera tortura en un país debe tenerse en cuenta la existencia de un “cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos”, si bien ello no es motivo suficiente para llegar a la conclusión de que existe un riesgo de ser sometido a tortura tras ser expulsado hacia el mismo⁵⁷. Según el Comité, deben existir motivos adicionales para considerar que alguien está “personalmente en peligro”⁵⁸. Para el Comité contra la tortura no es necesario demostrar que el riesgo es muy probable, pero éste tiene que ser previsible, real y *personal*⁵⁹. Ello le ha llevado en ocasiones a referirse a la especial vulnerabilidad del demandante en casos en que se alegaban graves violaciones de la Convención en el país de destino⁶⁰, o a señalar que el autor de la comunicación probara que su situación era *diferente* de la de los demás⁶¹. Pero el criterio de que el riesgo sea personal no ha impedido que en un caso en que se alegaba una situación general de violencia sexual contra las mujeres, el Comité haya considerado que la devolución de una madre y su hija hacia la República Democrática del Congo constituiría una violación del artículo 3, aunque no hubiera ningún factor que las individualizara, a parte de su condición de mujeres⁶².

⁵⁷ *Balabou Mutombo c. Suiza*, Comunicación N° 13/1993, decisión del Comité contra la Tortura de 27 de abril de 1994, CAT/C/12/D/13/1993, §9.2-3.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ Por ejemplo, *M.X. c. Suiza*, Comunicación N° 324/2007, decisión del Comité contra la Tortura de 30 de abril de 2009, CAT/C/42/D/324/2007, § 7.3.2 y 7.6.

⁶⁰ *S.S. c. Países Bajos*, Comunicación N° 191/2001, decisión del Comité contra la tortura de 5 de mayo de 2003, CAT/C/30/D/191/2001, §6.7.

⁶¹ *C.M. c. Suiza*, Comunicación N° 355/2008, decisión del Comité contra la tortura de 14 de mayo de 2010, CAT/C/44/D/355/2008, § 10.8.

⁶² El Comité tuvo en cuenta para ello informes de Naciones Unidas que se referían a “niveles alarmantes de violencia contra la mujer en todo el país” y llegó a la conclusión que “la violencia contra la mujer, en particular la violación y la violación en banda perpetrada por hombres armados y civiles, sigue siendo una grave preocupación, incluso en zonas no afectadas por conflictos armados”. *Eveline Njamba y Kathy Balikosa c. Suecia*, Comunicación N° 322/2007, decisión del Comité contra la tortura de 14 de mayo de 2010, CAT/C/44/D/322/2007, §9.5.

III. LOS DEMANDANTES DE ASILO ANTE LAS MEDIDAS DE DETENCIÓN EN LAS ZONAS DE TRÁNSITO DE LOS AEROPUERTOS: PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD, Y PROTECCIÓN DEL DERECHO A UN TRATO NO DEGRADANTE

El TEDH también interpreta los preceptos del Convenio europeo teniendo en cuenta la vulnerabilidad especial de los demandantes de asilo en casos en que estos se encuentran en *zonas internacionales* o zonas de espera. Estas zonas son espacios fronterizos en los aeropuertos, puertos o incluso en las fronteras terrestres que algunos estados utilizan como ficciones jurídicas para considerar que en ellos no ejercen su jurisdicción, o para modular ésta sólo a algunas de sus manifestaciones y, en todo caso, para sustraerse de su responsabilidad de atender a demandantes de asilo que están de hecho en su territorio pero que se considera que no han *entrado* en él, puesto que no han sido formalmente *admitidos*⁶³.

La aplicación del CEDH a la permanencia de los demandantes de asilo en estos espacios se ha vertido especialmente en relación con dos aspectos esenciales: la consideración de este confinamiento como privación de libertad o detención en el sentido del artículo 5 (y el cumplimiento de los requisitos exigidos para aplicar medidas de este tipo)⁶⁴; y las condiciones de la detención y el trato recibido, a la luz del artículo 3.

1. LA CONSIDERACIÓN DEL CONFINAMIENTO EN LAS ZONAS INTERNACIONALES DE LOS DEMANDANTES DE ASILO NO ADMITIDOS A ENTRAR EN EL TERRITORIO DE UN ESTADO COMO PRIVACIONES DE LIBERTAD Y LAS CONDICIONES PARA SU LEGITIMIDAD

Por lo que se refiere al primer aspecto, el caso *Amuur contra Francia*

⁶³ Un análisis detallado del estatuto de estas zonas como *ficciones jurídicas de territorio liminar interior*, se encuentra en VALLE GÁLVEZ, A. del, "Las *zonas internacionales* o *zonas de tránsito* de los aeropuertos, ficción liminar fronteriza", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI)*, nº 9, 2005.

⁶⁴ Especialmente el requisito relativo a la previsión *por ley* y a la *conformidad a derecho* de la privación de libertad del artículo 5 CEDH, y los previstos en el apartado f del punto 1 del mismo artículo, donde se prevé la posibilidad de detener a una persona *para impedir su entrada ilegal en el territorio o contra la cual esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición*.

resuelto en 1996 supuso un hito en la jurisprudencia del TEDH. Los demandantes eran cuatro personas somalíes, pertenecientes a la misma familia, que llegaron al aeropuerto de Paris-Orly el 9 de marzo de 1992 en un vuelo de una compañía siria desde Damasco en donde habían estado durante dos meses después de transitar por Kenia. Defendían que habían huido de Somalia después de la caída del gobierno, y que no podían volver a su país ya que en él su vida estaba en peligro. La policía fronteriza del aeropuerto rechazó su entrada en territorio francés debido a que su pasaporte había sido falsificado y les confinó en el hotel *Arcade*, una parte del cual estaba alquilado al Ministerio de Interior y había sido transformado en zona de espera del aeropuerto. Durante el tiempo que estuvieron en Francia, cada día fueron llevados por la mañana al aeropuerto y por la noche reconducidos de nuevo al hotel. El 29 de marzo, es decir, veinte días después de llegar a Francia, los demandantes fueron reenviados a Siria, tras una decisión de rechazo de entrada tomada por el ministro de Interior. El 29 de julio, el gobierno francés recibió una comunicación según la cual los cuatro miembros de la familia *Amuur* habían sido reconocidos como refugiados por el ACNUR y Siria les había otorgado asilo en base a ese estatuto.

No se trataba en este caso de dilucidar si el alejamiento violaba en alguna forma el artículo 3 del CEDH, sino de establecer si la retención en zona de espera constituía detención en tanto que hubo una privación de la libertad de los demandantes y si, de ser ello así, ésta era ilegal de acuerdo con el artículo 5 del CEDH. La demanda fue examinada en primer lugar por la Comisión, que aplicó su propia jurisprudencia dictada en casos anteriores relativos al mantenimiento de demandantes de asilo en zonas fronterizas de los aeropuertos⁶⁵. En el caso *Amuur*, como en supuestos anteriores, la Comisión consideró que no se daba un grado de constreñimiento suficiente para considerar que existía *privación de libertad* ya que, si bien era cierto que el mantenimiento en la zona internacional del aeropuerto suponía una *restricción a la libertad individual*, ésta no alcanzaba un grado suficiente para considerarla *privación de libertad* puesto que los demandantes de asilo tenían libertad para salir de Francia e irse hacia otro destino⁶⁶.

⁶⁵ *Samer Saardi, Antonio Mourad et Yolla Semaan Mel-Tabah c. Autriche*, nº 19066/91, decisión de la Comisión de 5 de abril de 1993, no publicada.

⁶⁶ Para la Comisión, lo determinante era hasta qué punto los demandantes podían sustraerse a las medidas de mantenimiento en un lugar, y consideró que había una posibilidad *real* de que se marcharan con destino a Siria, país por el que habían transitado antes de

La Comisión simplemente había trasladado la jurisprudencia y la interpretación del artículo 5 del CEDH mantenida hasta ese momento por el Tribunal Europeo en materia de detención a los casos de demandantes de asilo retenidos en las zonas de espera de los aeropuertos. El Tribunal, no obstante, cambió esta interpretación en el caso *Amuur*, ampliando el ámbito de aplicación del artículo 5 y, con ello, la protección proporcionada por este artículo, al tener en cuenta la vulnerabilidad especial de los demandantes de asilo retenidos en las zonas internacionales de los aeropuertos. El caso *Amuur* era el primero que llegaba al Tribunal con un supuesto de hecho de este tipo en el que los demandantes eran solicitantes de asilo.

Para el TEDH, en el caso *Amuur* sí hubo *privación de libertad* en el sentido del artículo 5, con lo que la protección que éste proporciona era aplicable. El Tribunal no rehusó la distinción entre simples *restricciones* a la libertad de circular (previstas en el artículo 2 del Protocolo nº 4) y las *privaciones* de libertad (del artículo 5 CEDH) que en anteriores ocasiones había sustentado su jurisprudencia, pero en el caso *Amuur* matizó esta distinción y estableció que tenían que tenerse en cuenta las circunstancias *concretas* de la persona y de la situación en que ésta se encontrara. Consideró que tenían que valorarse los criterios relativos al tipo, a la duración, a los efectos y a las modalidades de ejecución de las medidas, y que entre *privación* y *restricción* sólo había “una diferencia de grado o de intensidad, y no de naturaleza o de esencia”⁶⁷. Para resolver el cambio de jurisprudencia, en primer lugar, el TEDH hizo unas reflexiones sobre la necesidad de que las medidas de mantenimiento de los extranjeros en las dependencias de los aeropuertos respetasen la Convención de Ginebra de 1951 sobre el estatuto de los refugiados⁶⁸. Y, a continuación, para establecer que en el caso concreto había habido privación de libertad, el TEDH utilizó (al igual que la Comisión) un razonamiento basado en las *alternativas de huída* de las personas sometidas a las medidas objeto de discusión⁶⁹ pero (a diferen-

llegar a Francia. *Mahad, Lahima, Abdelkader et Mohamed Amuur c. France*, nº 19776/92, informe de la Comisión de 10 de enero de 1995, §§ 42-50, no publicado. La decisión de la Comisión fue adoptada por dieciséis votos contra diez. Los miembros que votaron en contra redactaron una opinión disidente en que defendían el carácter de privación de libertad de la medida.

⁶⁷ *Amuur c. France*, nº 19776/92, 25 de junio de 1996, § 42, *Recueil* 1996-III.

⁶⁸ *Ibidem*, § 43.

⁶⁹ WISARD, N., “Rétention et détention dans les aéroports”, *ASYL. Schweizerische Zeitschrift für Asylrecht und -praxis. Revue suisse pour la pratique et le droit d’asile*, nº 3, septiembre de 1995, p. 70.

cia de la Comisión) tuvo en cuenta la “especificidad” del estatuto de los demandantes de asilo⁷⁰. El Tribunal consideró que para los demandantes de asilo la “simple posibilidad” de irse voluntariamente del país donde buscan protección tiene un “carácter teórico” si ningún otro país está dispuesto a acogerles o les ofrece una protección *comparable* a la que existe en el país en el que han pedido asilo⁷¹.

Para el Tribunal, Siria no era un estado que pudiera ofrecer un nivel de garantías comparable o similar al de Francia, ya que Siria no era entonces parte en la Convención de Ginebra de 1951, y las garantías de protección de los demandantes tras su retorno a ese país dependían de negociaciones diplomáticas y de los compromisos de este país y no de acuerdos jurídicos formales. De acuerdo con esta jurisprudencia, para los demandantes de asilo un *estado seguro* es un estado que, como mínimo, ha ratificado la Convención de Ginebra con lo que, si ningún estado seguro está dispuesto a acoger a demandantes de asilo que están en otro país, la posibilidad de éstos de irse no puede ser tomada en cuenta porque sólo podrían volver al país de origen al que, por definición, por su estatuto de demandantes de asilo, no pueden retornar. Finalmente, el TEDH consideró que el mantenimiento de los demandantes en la zona de tránsito del aeropuerto de Paris-Orly equivalía *de hecho* a una privación de libertad por el tipo de restricciones sufridas, y que el artículo 5 era aplicable⁷². La jurisprudencia de este caso fue reiterada en el caso *Shamsa contra Polonia* de 2003, en el que el TEDH rechazó la tesis según la que, al estar en zona internacional, los demandantes de asilo no se encontraban *en* el país⁷³.

Un vez considerado aplicable el artículo 5 al caso *Amuur*, el TEDH concluyó que Francia era responsable de su violación porque la duración de la medida de privación de libertad era excesiva, y porque las condiciones en que se había ejecutado eran inadecuadas. Según el TEDH, la privación de libertad del caso *Amuur* había vulnerado el objetivo del artículo 5 que es la protección de las personas frente a la *arbitrariedad*. Esta protec-

⁷⁰ KAZATCHKINE, N., “Observations. Le maintien dans la zone internationale d’un aéroport”, *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme*, nº 32, 1997, pp. 671-673.

⁷¹ *Amuur c. France*, nº 19776/92, 25 de junio de 1996, § 48, *Recueil* 1996-III.

⁷² *Ibidem*, §49.

⁷³ Para el TEDH, era determinante que los demandantes hubieran estado durante catorce días en locales de la zona fronteriza, vigilados permanentemente por agentes públicos y privados de libertad de circulación. *Shamsa contre Pologne*, nº 45355/99 y 45357/99, §§ 44-47, 27 de noviembre de 2003, CEDH.

ción exige que las medidas de detención se efectúen “según las vías legales” lo que supone el respeto *formal* del principio de legalidad, es decir, que exista una base jurídica en derecho interno para ejecutar tales medidas, y también el respeto *material* de la legalidad, es decir, que la norma que habilita para la detención tenga una “calidad mínima”. Para el TEDH la medida de detención aplicada en el caso *Amuur* no respetó el principio de legalidad interna porque la normativa existente en Francia en el momento de los hechos⁷⁴ no constituía una ley de calidad suficiente, y la zona de tránsito de los aeropuertos en que tuvo lugar la detención no se beneficiaba de ningún “estatuto de extraterritorialidad”⁷⁵. Según el TEDH la accesibilidad y la precisión de la ley nacional que autoriza la aplicación de medidas de privación de libertad otorgan una calidad mínima a la norma y “revisten una importancia fundamental en el ámbito de los demandantes de asilo en los aeropuertos” puesto que, en su caso, es necesario conciliar las políticas de inmigración de los estados con la protección de los derechos humanos⁷⁶.

El TEDH expresó así la necesidad de que, en el caso de los demandantes de asilo, el estándar de protección sea, si cabe, más elevado debido a la vulnerabilidad especial de éstos en relación con los derechos humanos. Los estados no pueden, por esta vulnerabilidad, en casos en que estén involucrados demandantes de asilo, aplicar sin más medidas que están pensadas para contener flujos ilegales de inmigración y que no tienen en cuenta la situación especial de personas que, por definición, mientras no sea rechazada su petición de protección, sufren un riesgo cualificado de violación de sus derechos humanos.

El TEDH estableció que ciertas garantías no estaban previstas ni eran accesibles a los demandantes de asilo en el entorno normativo aplicable en Francia en el momento de producirse los hechos⁷⁷. Así, es destacable que

⁷⁴ Después se adoptó una ley que sí habría cumplido con el principio de legalidad de estar vigente en el momento de la detención de la familia *Amuur*, según el TEDH, la *Loi n° 92-625 du 6 juillet 1992 sur la zone d'attente des ports et des aéroports et portant modifications de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*; *JORF* de 9 de julio de 1992, pp. 9185-9186.

⁷⁵ *Amuur c. France*, n° 19776/92, 25 de junio de 1996, § 52, *Recueil* 1996-III.

⁷⁶ *Ibidem*, § 50.

⁷⁷ *Ibidem*, § 53. De la sentencia del Tribunal puede inferirse, *a contrario*, que es necesario que los estados prevean como mínimo las siguientes garantías materiales en caso de detención de demandantes de asilo en las zonas fronterizas de los aeropuertos para que la medida sea compatible con el artículo 5 del CEDH: (1) Un control judicial de las condicio-

el Tribunal pusiera de relieve *obiter dicta* que, durante los veinte días en que fueron detenidos, los miembros de la familia *Amuur* no tuvieron acceso a las autoridades competentes para expresar su solicitud de asilo. De ello resulta que, aunque ni el refugio ni el asilo se contemplan en el CEDH, también el derecho general de los refugiados de acceder a un procedimiento de asilo puede ser tenido en cuenta para decidir si es legítima una medida de detención cuando ésta se aplica a demandantes de asilo.

La sentencia *Amuur*, por todo lo dicho anteriormente, establece unos límites sustantivos importantes que deben ser cumplidos para que las medidas de detención de los demandantes de asilo en las zonas de tránsito de los aeropuertos no sean consideradas arbitrarias y, con ello, limita el poder de los estados de impedir la entrada en su territorio de los demandantes de asilo. Debe entenderse que, si la medida de detención no es legítima desde el punto de vista del artículo 5 del CEDH, porque vulnera el principio de legalidad formal o material en sentido amplio, resurge el derecho de la persona demandante de asilo de entrar en el territorio del estado bajo cuya jurisdicción se encuentra. La entrada en el territorio del país permitirá que el refugiado o solicitante de protección presente una petición de asilo y espere en él la emisión de una resolución sobre su solicitud, siempre que no sea posible efectuar un alejamiento inmediato a un país seguro. Este derecho de entrada se justificaría en el derecho de pedir asilo, internacionalmente reconocido. Desde este punto de vista, aunque el Convenio Europeo no contenga un derecho de los extranjeros a entrar en los estados miembros, este derecho puede derivarse, excepcionalmente, y sólo para el caso de los demandantes de asilo, del derecho a la libertad personal.

La jurisprudencia del caso *Amuur contra Francia* fue completada por la doctrina del TEDH en el caso *Saadi contra el Reino Unido* de enero del 2008⁷⁸. De acuerdo con el TEDH, la detención es una medida grave que sólo debe usarse como último recurso, puesto que el principio general apli-

nes de estancia de los extranjeros; (2) Un límite temporal de la duración de la detención exigible a la administración; y (3) Un acompañamiento jurídico, humanitario y social, con previsión de los plazos de acceso y las modalidades de tal asistencia a fin de que se garanticen las gestiones de los demandantes de asilo relativas a su solicitud de protección. Si bien es cierto, como pone de relieve Olivier de Schutter, que la sentencia adolece de una cierta ambigüedad sobre cuáles son exactamente las obligaciones de los demandantes de asilo que acceden a las zonas de espera de los aeropuertos; SCHUTTER, O. de, "Privation de liberté et maintien en zone internationale", *Revue du droit des étrangers*, nº 89, 1996, p. 353.

⁷⁸ *Saadi v. the United Kingdom* [GC], nº 13229/03, 29 de enero de 2008, ECHR.

cable es el del derecho de toda persona a su libertad. Con todo, la facultad de los estados de detener a los inmigrantes que solicitan una autorización de entrada en el país, tanto si se hace a través de una demanda de asilo como si no, es un *corolario indispensable* de su derecho soberano a controlar la entrada y la estancia de los extranjeros. Por ello, “la detención de inmigrantes potenciales, incluidos los demandantes de asilo, puede ser compatible con el artículo 5 § 1 f)”⁷⁹.

En la sentencia *Saadi* se establece por vez primera qué condiciones deben cumplirse para que las detenciones de extranjeros, sean éstos o no demandantes de asilo, basadas en el párrafo f del artículo 5.1 del CEDH, no puedan ser tachadas de arbitrarias. Según el TEDH la puesta en funcionamiento de una medida de detención para impedir la *entrada ilegal* de una persona en el territorio de un estado debe cumplir los siguientes requisitos: (1) Debe hacerse de buena fe; (2) Tiene que estar estrechamente vinculada con el objetivo que consiste en impedir que una persona penetre ilegalmente en el territorio; (3) El lugar y las condiciones de la detención tienen que ser apropiados teniendo en cuenta que la medida se aplica “no a autores de infracciones penales sino a extranjeros que, temiendo a menudo por su vida, huyen de su propio país”; y (4) La duración de la detención no puede exceder el plazo razonable necesario para alcanzar el objetivo propuesto⁸⁰.

⁷⁹ *Ibidem*, § 64.

⁸⁰ *Ibidem*, § 74. En este caso se consideró que, dadas las circunstancias, una detención durante siete días, en condiciones adecuadas, y para permitir un examen rápido de una demanda de asilo no era incompatible con el artículo 5.1 (§ 80). En relación con esta cuestión es destacable que el artículo 18.1 de la Directiva 2005/85/CE del Consejo de 1 de diciembre de 2005 *sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado* [DOUE de 13 de diciembre de 2005, N° L 326/13-34] establezca que “Los estados miembros no mantendrán a una persona detenida por la única razón de que sea un solicitante de asilo”. Se ha considerado que esto restringe aún más las posibilidades de detención de los demandantes de asilo por parte de los estados miembros de la Unión Europea: CALLEWAERT, J., “The European Convention on Human Rights and European Union Law: a Long Way to Harmony”, *European Human Rights Law Review*, n° 6, 2009, p. 776. En general, no obstante, la política europea de asilo se ha construido más como una reacción a los problemas de seguridad derivados de la libre circulación y desde el punto de vista de la “gestión” de un tipo de flujo migratorio, que en función de la necesidad de garantizar derechos fundamentales, como han señalado, entre otros: TEITGEN-COLLY, C., “The European Union and Asylum: An Illusion of Protection”, *Common Market Law Review*, vol. 43, 2006, p. 1565 (1503-1566); PIRJOLA, J., “European Asylum Policy – Inclusions and Exclusions under the Surface of Universal Human Rights Language”, *European Journal of Migration and Law (EJML)*, vol. 11, 2009, pp. 347-366.

Con posterioridad a la sentencia del caso *Saadi*, el TEDH declaró contraria al Convenio una medida de detención de un demandante de asilo en la sentencia *S.D. contra Grecia* de junio del 2009. Para ello se puso de manifiesto que la legislación griega del momento de los hechos no amparaba la detención de los demandantes de asilo puesto que: por un lado, la normativa sobre refugiados y demandantes de asilo no la preveía; y, por el otro, la regulación de la expulsión exigía que para justificar las detenciones previas a su ejecución la expulsión pudiese ser ejecutada, y excluía expresamente que ello fuese así en el caso de los refugiados y de los demandantes de asilo. El problema, por tanto, era simplemente de legalidad, pero resulta elocuente la alusión que se hace en la sentencia a la necesidad de tomar en cuenta la condición de demandante de asilo de la víctima⁸¹.

2. LA VULNERABILIDAD ESPECIAL DE LOS DEMANDANTES DE ASILO EN LA APRECIACIÓN DE LA CONFORMIDAD CON EL CONVENIO EUROPEO DE LAS CONDICIONES MATERIALES DE LAS DETENCIONES EN ZONA INTERNACIONAL

Por lo que se ha visto, el TEDH tiene en cuenta las condiciones en que tiene lugar y se desarrolla la medida de privación de libertad a la hora de establecer si las detenciones de los demandantes de asilo son conformes a las previsiones del artículo 5. Estas condiciones también son un elemento esencial para establecer si el trato recibido por los demandantes de asilo durante el tiempo que están detenidos respeta el derecho de no ser sometido a tratos inhumanos o degradantes contemplado en el artículo 3 del CEDH. En tres sentencias de 2006, 2008 y 2009, respectivamente, el TEDH desarrolla esta cuestión en casos de demandantes de asilo detenidos en las zonas internacionales de los aeropuertos en espera de una decisión sobre la admisión en el territorio.

En el primero de estos tres casos, *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga contra Bélgica*, de octubre del 2006, la víctima principal se encuentra en situación de vulnerabilidad especial por múltiples causas que se dan simultá-

⁸¹ “(L)as autoridades no han tomado en consideración la condición de solicitante de asilo del demandante. Al no poder éste ser expulsado hasta el examen de su demanda de asilo, faltó el fundamento de derecho interno para su detención, al menos desde el 17 de mayo del 2007, en que su petición fue registrada formalmente”. *S. D. c. Grèce*, nº 53541/07, §65, 11 de junio del 2009, CEDH.

neamente, siendo una de ellas la condición de solicitante de asilo. Pulcherie Mubilanzila y Tabitha Kaniki, madre e hija, eran solicitantes de asilo, la primera en Canadá (ya había sido reconocida como refugiada y estaba a la espera de la concesión de un premo de residencia) y la segunda en Bélgica. Tabitha llegó a Bélgica acompañada por su tío holandés desde la RD del Congo, aunque su destino era Canadá, que era el país en donde se encontraba su madre. Tabitha, que tenía cinco años en el momento de los hechos, fue detenida (y con ello separada de su tío durante dos meses) en un centro de tránsito del aeropuerto de Bruselas, tras rechazar las autoridades belgas su entrada en el país y decretar su rechazo en frontera. Durante su detención, su abogado presentó en su nombre una solicitud de reconocimiento de la condición de refugiada, que fue denegada. Un día después de que una autoridad judicial decretara la incompatibilidad de la detención de la demandante con la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño y ordenara su puesta en libertad, Tabitha fue rechazada y enviada sola a su país, donde nadie fue a recogerla, al ejecutarse la obligación de la compañía aérea de retornar al país de origen a los extranjeros no admitidos. Las condiciones de la detención durante dos meses así como el rechazo no tuvieron en cuenta la minoría de edad de la demandante, ni se previó un acompañamiento jurídico, humanitario y social adecuado. En el fallo de la sentencia fue determinante la situación de extrema vulnerabilidad de la demandante menor de edad y extranjera, más que su condición de demandante de asilo en cuanto tal. Aún así, el desarraigo y desamparo eran mayores por el elemento de huida de un país al que, por el estatuto de refugiado de la madre, Tabitha entendía que no debía retornar⁸².

De acuerdo con el TEDH, la actitud de las autoridades belgas fue inhumana hasta tal punto que se consideró que había habido violación del artículo 3 no sólo en la persona de Tabitha por el *trato inhumano* sufrido durante la detención, sino también, en la persona de su madre, por el *sufrimiento e inquietud profundas* derivadas de la detención de su hija⁸³.

⁸² En relación con la violación del artículo 3 del CEDH por razón de las condiciones en que se desarrolló la detención de Tabitha, el TEDH estableció se encontraba “indiscutiblemente en la categoría de las personas más vulnerables de una sociedad” y que “correspondía al estado belga protegerla y cuidarla con la adopción de medidas adecuadas de acuerdo con las obligaciones positivas derivadas del artículo 3 del Convenio” cuya protección, recordó el Tribunal, es *absoluta*. *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, nº 13178/03, § 55, 12 de octubre del 2006, CEDH 2006-XI.

⁸³ El artículo 3 se consideró asimismo violado por el hecho del rechazo de Tabitha a su país de origen, puesto que las autoridades belgas, que no cuidaron de ella ni tuvieron en

El segundo de los casos que van a comentarse en este apartado es el de la sentencia *Riad y Idiab contra Bélgica*, de abril del 2008, especialmente interesante porque en él el TEDH desarrolla la cuestión de las obligaciones positivas de las autoridades del país en que se encuentran personas privadas *de hecho* de libertad en zona internacional, y el análisis es similar al que podría hacerse en caso de custodia en una situación formal de detención. Teniendo en cuenta la *situación particular* en que se encontraban los demandantes de asilo, el TEDH consideró *inaceptable* que una persona pudiera ser detenida en “condiciones que implican una omisión total de hacerse cargo de de sus necesidades esenciales”⁸⁴. Después de haber sido detenidos en centros, los demandantes recibieron la ejecución de sentencias que ordenaban su “puesta en libertad” y fueron desplazados a la *zona internacional* del aeropuerto de Bruselas donde continuaron de hecho privados de libertad durante diez días, y en donde no recibieron asistencia ni tenían acceso a, ni contacto con el mundo exterior. El TEDH consideró que había habido una violación del artículo 3 del CEDH por el trato inhumano y degradante recibido por los demandantes en esas condiciones. Para el TEDH, las condiciones de detención que los demandantes tuvieron que soportar durante más de diez días tuvieron que causarles *graves sufrimientos mentales*, atentaron a su dignidad, y les provocaron *sentimientos de humillación y envilecimiento*⁸⁵.

La última de las sentencias destacadas en este ámbito es la del caso *S.D. contra Grecia*, de junio del 2009. En ella, la condición de solicitante de asilo del demandante fue tenida en cuenta, además de para considerar no ajustada a derecho la imposición de una medida de detención⁸⁶, para establecer que hubo violación del artículo 3 por las condiciones y las circunstancias en las que ésta tuvo lugar. El TEDH recordó que la apreciación del *mínimo de gravedad* necesario para que un maltrato entre dentro

cuenta la situación *real* que corría el riesgo de afrontar al retornar a su país, demostraron con su actitud, según el TEDH, una “flagrante falta de humanidad”. *Ibidem*, § 63 y 68-69.

⁸⁴ *Riad et Idiab c. Belgique*, nº 29787/03 y 29810/03, §§ 100 y 106, 24 de abril del 2008, CEDH.

⁸⁵ “La humillación sentida por los demandantes se acentuó por el hecho de que, habiendo obtenido una decisión de puesta en libertad, los demandantes volvieron a encontrarse privados de libertad en otro lugar. Según el Tribunal, los sentimientos de arbitrariedad, de inferioridad y de angustia que debieron asociarse a esta circunstancia se añaden al grado de humillación que comportaba la obligación de vivir en un lugar público, sin acompañamiento”. *Ibidem*, §107.

⁸⁶ Como se ha señalado en el apartado III.1.

del ámbito de aplicación del artículo 3 es relativo y depende de un conjunto de circunstancias como la duración de la detención, sus efectos físicos y mentales, el sexo, la edad, o el estado de salud de la víctima. Por esta razón, se entiende que esos elementos, que determinan la vulnerabilidad especial de una persona, juegan a favor de rebajar el umbral de gravedad necesario para considerar que en un caso ha existido violación del artículo 3. El artículo 3 impone para el TEDH que las personas detenidas estén en condiciones en que se respete su dignidad como personas humanas, que se asegure adecuadamente su salud y su bienestar, y que las modalidades de ejecución de la medida no comporten someter a alguien a pruebas que excedan “el nivel inevitable de sufrimiento inherente a la detención”⁸⁷. El TEDH consideró que las condiciones de la detención, es decir, que el demandante hubiese estado durante dos meses encerrado en una “barraca prefabricada, sin posibilidad de salir al exterior, sin posibilidad de llamar por teléfono y sin poder disponer de mantas y sábanas limpias, y productos de higiene suficientes”⁸⁸ combinadas con una duración excesiva de la detención, y con el hecho de que el demandante era “refugiado y demandante de asilo”, constituían trato degradante en el sentido del artículo 3 del CEDH⁸⁹.

Las sentencias *Riad e Idiab contra Bélgica* y *S.D. contra Grecia*, por otro lado, ponen de manifiesto la cada vez más delgada línea que separa los derechos civiles y políticos de los derechos sociales y económicos, al interpretar el TEDH el artículo 3 como comportando una obligación positiva de las autoridades de los estados en que se encuentran demandantes de asilo privados *de facto* de libertad de proporcionarles los bienes de subsistencia básicos.

IV. LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS PROCEDIMENTALES DE LOS DEMANDANTES DE ASILO: EL DERECHO A UN EXAMEN DEL FONDO DE LA DEMANDA, Y EL DERECHO A UN RECURSO EFECTIVO ANTE LA APLICACIÓN DE MEDIDAS DE ALEJAMIENTO

Durante mucho tiempo, el artículo 13 era considerado por parte de los órganos de garantía del Convenio Europeo como incorporando una protec-

⁸⁷ *S. D. c. Grèce*, nº 53541/07, § 47, 11 de junio del 2009, CEDH.

⁸⁸ *Ibidem*, § 51.

⁸⁹ *Ibidem*, § 52.

ción subsidiaria a la proporcionada por el artículo 6 (que prevé el derecho a un recurso equitativo) y a la dimensión procedimental que tienen, por ejemplo, los artículos 2 (derecho a la vida), 3 (prohibición de tortura) y 5 (derecho a la libertad y a la seguridad)⁹⁰. Ello llevó a que a menudo no se considerara necesario examinar las quejas basadas en este artículo, lo que reducía las posibilidades de protección del derecho a un recurso efectivo de las decisiones impugnadas. A partir de finales de los años noventa, diversas sentencias del TEDH reorientaron la doctrina anterior y llevaron a una *regeneración* del artículo 13 y por ello del derecho a un recurso efectivo⁹¹.

La primera sentencia significativa en este sentido es la del caso *Jabari contra Turquía*, de 11 de julio del 2000. Según el relato de la sentencia, Hoda Jabari era una mujer iraní que cuando estaba a punto de formalizar su matrimonio fue rechazada por la familia de su futuro marido, al que obligaron a casarse con otra mujer. La pareja siguió viéndose hasta que, en la calle, fue arrestada por la policía. A Hoda Jabari se la sometió a un examen de virginidad que no superó y, finalmente, fue dejada en libertad. Al mes de este episodio, temiendo ser sometida a lapidación por adulterio, Jabari entró ilegalmente en Turquía e intentó viajar hasta Canadá vía París. En París, fue rechazada y reenviada a Estambul al detectarse que su pasaporte era falso. Fue detenida y, cuando se dio cuenta de que iba a ser expulsada a Irak, declaró que era nacional de Irán y pidió asilo. La petición de asilo fue rechazada por el único motivo de que se había presentado extemporáneamente, lo que en Turquía ocurría si la demanda de asilo no era presentada en el plazo de cinco días desde la llegada al país. Durante el tiempo que pasó detenida pudo entrevistarse con el ACNUR, que le concedió el estatuto de refugiado en base a su temor de ser perseguida

⁹⁰ El artículo 13 del CEDH reza: “Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados, tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales”.

⁹¹ ANDRIANTSIMBAZOVINA, J., “Le droit a un recours effectif”, en SUDRE, Fr. et al., *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l’Homme*, PUF, Paris, 2003, pp. 308-309. De esta regeneración se han beneficiado especialmente los demandantes de asilo, puesto que en casos relativos a la admisión en el territorio y a procedimientos de asilo está vetada la aplicación del artículo 6 CEDH sobre el derecho a un proceso equitativo, aplicable sólo en litigios sobre derechos y obligaciones “de carácter civil” o acusaciones penales, puesto que el TEDH considera que los procedimientos de asilo no son litigios sobre derechos “de carácter civil”.

si era retornada a Irán, en donde se consideró que corría el riesgo de ser sometida a tratos inhumanos tales como la muerte por lapidación o de ser flagelada o azotada. Ante la ejecución de su deportación, interpuso un recurso judicial donde también pidió la suspensión de la medida de alejamiento.

El TEDH examinó la eventual violación del artículo 3 del CEDH por el riesgo que Hoda Jabari corría de ser sometida a tratos inhumanos en el país de origen a donde iba a ser deportada, y del artículo 13 por el hecho de no haber dispuesto en Turquía de un recurso efectivo contra la medida de alejamiento del territorio. En relación con el artículo 3, el TEDH consideró que existía un riesgo real de que la demandante fuese sometida a tratos contrarios a este artículo en Irán y que, de ejecutarse, la deportación supondría la violación de este artículo. La argumentación del TEDH para fundamentar esta conclusión estuvo centrada, no obstante, en aspectos procedimentales relativos tanto al examen de la demanda de asilo por parte de las autoridades nacionales turcas, como al examen del recurso contra la medida de alejamiento presentado ante el Tribunal administrativo de Ankara.

El TEDH consideró que el riesgo de violación del artículo 3 sólo podía haber sido examinado en el procedimiento relativo a la petición de asilo y en el examen del recurso contra la deportación y que, al rechazarse la petición de asilo por no haberse cumplido con el requisito de su presentación en el plazo de cinco días, se denegó el escrutinio de la base fáctica de los temores alegados ante el retorno a Irán⁹².

El TEDH consideró que el Tribunal administrativo de Ankara se limitó a la cuestión de de la “legalidad formal de la deportación de la demandante en lugar de a la más acuciante cuestión de la fundamentación de los temores”; y añadió “incluso cuando en este estadio la demandante tenía que ser considerada como postulando algo más que una alegación fundada (*arguable claim*) de que estaría en riesgo si era retornada a su país de origen”⁹³.

Al haber explorado la dimensión procedimental del artículo 3, de acuerdo con su doctrina anterior, el TEDH hubiera podido no examinar la demanda en lo que se refería a la violación del artículo 13. Con todo, el TEDH sí lo hizo y, en primer lugar, reiteró su jurisprudencia sobre el contenido del derecho a un recurso efectivo⁹⁴.

⁹² *Jabari v. Turkey*, nº 40035/98, §40, 11 de julio de 2000, ECHR 2000-VIII.

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ Que comporta (a) que, cuando una persona invoca razonablemente (*arguable claim* o *grief defensible*) que es víctima de una violación de los derechos del Convenio, tenga un

Pero, además, en segundo lugar, añadió de forma expresa que el recurso a que las personas tienen derecho de acuerdo con el artículo 13 tiene que contemplar un examen del fondo de la petición y, para poder procurar satisfacción, debe poder permitir la suspensión de la medida impugnada⁹⁵. Por todo ello, a partir de la sentencia del caso *Jabari*, para cumplir con el estándar del derecho a un recurso efectivo del artículo 13, además de poder disponer formalmente de un recurso accesible ante una autoridad competente que aplique garantías adecuadas, que establezca el derecho y, en su caso, una satisfacción por su violación, es necesario, que el recurso previsto en el derecho interno suponga un “examen independiente y riguroso de una demanda relativa a que existen razones fundadas para temer un riesgo real de sufrir tratos contrarios al artículo 3 y la posibilidad de suspender la implementación de la medida impugnada”⁹⁶.

En la protección de los demandantes de asilo es crucial la posibilidad real de que se suspenda la ejecución de medidas de alejamiento del territorio en tanto que una autoridad competente no haya examinado el fondo de las peticiones. Pero aún es más importante que el margen de apreciación inherente a la *posibilidad* de suspender la ejecución de la medida se reduzca hasta exigir que esta suspensión exista siempre que haya un riesgo de tratos prohibidos por el artículo 3 en el país de destino.

El TEDH dio el primer paso en este sentido en la sentencia *Čonka contra Bélgica* de 5 de febrero de 2002. Los demandantes, en este caso, eran personas a quienes se aplicó una medida de expulsión colectiva después de

recurso que sea de verdad *accesible* ante una autoridad nacional para que establezca su derecho y, en su caso, establezca la satisfacción correspondiente; (b) Que la autoridad competente tenga poderes y pueda aplicar las garantías adecuadas para resolver el recurso planteado (aunque no se exige que se trate de una autoridad judicial); y (c) Que, si un recurso en concreto no satisface las exigencias del recurso efectivo del artículo 13, por lo menos el conjunto de recursos previstos sí satisfaga el estándar marcado. *Ibidem*, §48; *Leander v. Sweden*, nº 9248/81, §§ 77, 26 de marzo de 1987, Serie A nº 116.

⁹⁵ “Debe reconocerse que la demandante podía impugnar la legalidad de su deportación en procedimientos de revisión judicial. Ello no obstante, este tipo de acción nunca le permitió suspender su aplicación ni obtener un examen de los fundamentos de su alegación de estar en riesgo. El Tribunal administrativo de Ankara consideró que la deportación de la demandante se adecuaba completamente a los requisitos del derecho interno. Resulta que, habiendo llegado a esta conclusión, el tribunal consideró innecesario apreciar el fondo de la petición de la demandante, incluso cuando ésta era razonable (*arguable*) a la vista de la decisión del ACNUR de reconocerla como refugiada en el sentido de la Convención de Ginebra”. *Jabari v. Turkey*, nº 40035/98, § 49, 11 de julio de 2000, ECHR 2000-VIII.

⁹⁶ *Ibidem*, § 50.

haberse rechazado su petición de asilo. Tras ser convocados engañosamente por las autoridades (se les requirió para *completar* su expediente), fueron expulsados del país en un plazo de cinco días sin haber tenido la posibilidad de que un Tribunal revisara su orden de expulsión y suspendiera la medida hasta el examen del fondo del caso. El TEDH consideró que el artículo 13 se oponía a que medidas contrarias al Convenio cuyas consecuencias fuesen potencialmente irreversibles se ejecutaran antes de que terminase el examen de su compatibilidad con el Convenio por parte de las autoridades nacionales⁹⁷. El TEDH parecía exigir que un recurso presentado para evitar la ejecución de una medida de alejamiento, para ser *efectivo*, debía comportar la suspensión de éste hasta que se resolviera la compatibilidad de la medida con el Convenio.

Pero el paso definitivo hacia la exigencia de que el recurso a que los demandantes de asilo tienen derecho tiene que suponer la suspensión de la medida impugnada para ser *efectivo* según el artículo 13 del CEDH fue dado en la sentencia *Gebremedhin contra Francia* de 26 de abril del 2007.

En este caso se trataba de dilucidar si el sistema francés aplicable a las demandas de asilo presentadas en frontera era o no compatible con el artículo 13 del CEDH. En Francia, una petición de asilo ante la autoridad competente, el OPFRA, sólo puede hacerse dentro del territorio francés, más allá de las fronteras, una vez la persona ha obtenido una autorización de entrada en el país. En frontera, los demandantes de asilo sólo pueden pedir ser admitidos a entrar en tanto que solicitantes de protección, lo que les llevará a ser retenidos en la *zona de espera* durante el tiempo necesario para que la administración considere el carácter *manifiestamente infundado* o no de su petición. Si se considera que la demanda de asilo es *manifiestamente infundada*, la autoridad competente rechaza la petición de acceso al territorio del demandante, que pasa a ser “rechazable” o susceptible de ser alejado del país sin haber tenido la posibilidad de acceder al OPFRA.

Una decisión de este tipo era (antes del cambio legislativo propiciado por la sentencia), además, ejecutiva, de manera que la persona podía ser inmediatamente reenviada al país del que decía haber huido. El demandante podía recurrir la decisión de no entrada ante un tribunal administrativo que realizaba un examen del fondo de la cuestión, en un recurso sin efectos suspensivos. El demandante también podía interponer un recurso para pedir la suspensión del alejamiento, pero tampoco este recurso era suspensivo.

⁹⁷ *Čonka contre Belgique*, nº 51564/99, § 79, 5 de febrero de 2002, CEDH 2002-I.

El Tribunal consideró, reformulando la jurisprudencia *Čonka*, que estos recursos no eran efectivos por el hecho de no prever efectos suspensivos *automáticos* o *de pleno derecho*⁹⁸.

Al no haber en zona de espera un recurso suspensivo *de pleno derecho*, el TEDH concluyó que, en el caso, el demandante no dispuso de un recurso efectivo para hacer valer su alegación basada en el artículo 3 del Convenio⁹⁹.

La sentencia del TEDH en el asunto *Gebremedhin* fue el motivo por el que, en Francia, la reforma de la *Loi relative a la maîtrise de l'immigra-*

⁹⁸ “Teniendo en cuenta la importancia que el Tribunal otorga al artículo 3 del Convenio y la naturaleza irreversible del daño susceptible de ser causado en caso de actualización del riesgo de tortura o de malos tratos, (...) cuando un estado parte decide reenviar a un extranjero hacia un país donde hay motivos serios para creer que correría un riesgo de este tipo: el artículo 13 exige que el interesado tenga acceso a un recurso suspensivo de pleno derecho”. Un *recours de plein droit suspensif*, según la versión en francés; *a remedy with automatic suspensive effect* en la versión en inglés. *Gebremedhin contre France*, n° 25389/05, § 66, 26 de abril de 2007, CEDH. Esta doctrina fue reiterada en *Muminov v. Russia*, n° 42502/06, §§ 101-105, 11 de diciembre de 2008, ECHR.

⁹⁹ El artículo 39.3 de la Directiva 2005/85/CE del Consejo de 1 de diciembre de 2005 *sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado* sólo establece que “Los Estados miembros establecerán, cuando proceda, normas acordes con sus obligaciones internacionales que se ocupen de: a) la cuestión de si el recurso con arreglo al apartado 1 [donde se prevé el derecho a un recurso efectivo ante un órgano jurisdiccional contra determinadas decisiones] tendrá el efecto de permitir que los solicitantes permanezcan en el estado miembro de que se trate en espera de su resultado (...)”. Los estados miembros de la Unión Europea tienen que garantizar el estándar de protección que en este punto marca la jurisprudencia del TEDH, que es más elevado que el de las “normas mínimas” de la Directiva. La necesidad de que el *Sistema Europeo Común de Asilo* preste más atención a la protección judicial de los demandantes de asilo, de acuerdo con la interpretación del artículo 13 del CEDH, ha sido destacada por GUILD, E., “Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Lessons for the EU Asylum Policy”, en DIAS URBANO DE SOUSA, C., BRUYCKER, Ph. de (dirs.), *The Emergence of a European Asylum Policy. L'Émergence d'une politique européenne d'asile*, Bruylant, Bruselas, 2004, p. 340 (329-342); y por STAFFANS, I., “Judicial Protection and the New European Asylum Regime”, *EJML*, vol. 12, 2010, pp. 273-297. También el ACNUR ha realizado propuestas para la mejora de los estándares de protección de los procedimientos de asilo de los estados miembros de la Unión Europea acordes con la jurisprudencia del TEDH; por lo que se refiere a la cuestión de los efectos suspensivos de los recursos contra decisiones tomadas en procedimientos de asilo: ACNUR, *Improving Asylum Procedures: Comparative Analysis and Recommendations for Law and Practice. Detailed Research on Key Asylum Procedures Directive Provisions*, Marzo de 2010, pp. 453-46, en www.unhcr.org.

tion, à l'intégration et à l'asile de 20 de noviembre de 2007 modificase las previsiones normativas relativas a los recursos de que disponen los demandantes de asilo ante medidas de rechazo en frontera tomadas tras la denegación de entrada en el país a título de asilo¹⁰⁰. A partir de esta modificación, las decisiones de rechazo no pueden ser ejecutadas durante el plazo de cuarenta y ocho horas desde su notificación y, si en este plazo se presenta recurso contra ellas, antes de que el tribunal administrativo competente resuelva el recurso planteado¹⁰¹. En este aspecto, la reforma de la legislación francesa se ciñó estrictamente a las exigencias de la sentencia *Gebremedhin*, es decir que la aplicación de un recurso suspensivo de pleno derecho se limita a los demandantes de asilo retenidos en las zonas de espera, sin que éste alcance a otros procedimientos de asilo (procedimiento *prioritario* o procedimiento *de Dublín II*) ni a otras situaciones de extranjeros que invocan una violación de los artículos 2 y 3 del Convenio¹⁰².

En España, la Ley 12/2009 de 30 de octubre reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria se ajusta a la doctrina *Gebremedhin* al prever que los demandantes de asilo “permanecerán en las dependencias habilitadas al efecto” durante la tramitación de las peticiones de reexamen y de los recursos de reposición que se presenten en el caso de resoluciones de inadmisión a trámite o de denegación de solicitudes de asilo en frontera, y también cuando se solicite la suspensión de la medida contra la que

¹⁰⁰ La jurisprudencia del TEDH, aunque en aspectos limitados, contribuye a mejorar la protección de los demandantes de asilo a través tanto de cambios normativos en los estados como de cambios en la forma de interpretar la legislación por parte de las jurisdicciones internas, como se muestra en BUCHINGER, K., STEINKELLNER, A., “Litigation before the European Court of Human Rights and Domestic Implementation: Does the European Convention promote the Rights of immigrants and Asylum Seekers?”, *European Public Law*, vol. 16, n° 3, 2010, pp. 419-435.

¹⁰¹ *Loi n° 27-1631 du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile* (llamada “loi Hortefeux”, por el nombre del Ministro de inmigración promotor), *JORF* de 21 de noviembre de 2007, artículo 24, que modifica el artículo L 213.9 del *CESEDA (Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*, versión consolidada disponible en el sitio www.legifrance.gouv.fr).

¹⁰² La doctrina ha puesto de manifiesto, en este sentido, que esta *lectura mínima* de la sentencia, así como la ausencia de una reforma en profundidad de ciertos procedimientos de recurso que permiten que el juez rechace demandas de no expulsión basadas en el riesgo de sufrir tratos contrarios al artículo 3 sin audiencia al interesado no permiten concluir que la legislación francesa sea plenamente conforme a las exigencias de la jurisprudencia del TEDH. COURNIL, Ch., “Les droits de l'Homme en zones d'attente: condamnation européenne et résistances françaises”, *Cultures & Conflits*, n° 71, 2008, pp. 83-84, <http://conflits.revues.org>.

se interponga un recurso contencioso administrativo. Los recursos contra la inadmisión a trámite y la petición de suspensión de una medida de alejamiento aparejada a un recurso contencioso administrativo contra una decisión tomada en un procedimiento de asilo serán, así, suspensivos de pleno derecho de la ejecución del alejamiento vinculado a la denegación de protección¹⁰³.

V. CONCLUSIONES

El TEDH ha tenido en cuenta para modular y precisar su doctrina sobre algunos derechos protegidos por el Convenio la vulnerabilidad, a veces extrema, de las personas que lo invocan. La calidad como refugiados o demandantes de asilo es uno de los factores que configuran esta vulnerabilidad y ha condicionado la interpretación de los artículos 3 (derecho a no sufrir torturas, tratos o castigos inhumanos o degradantes), 5 (derecho a la libertad personal), y 13 (derecho a un recurso efectivo), especialmente, en la situación en la que estas personas son más frágiles y están más expuestas a la vulneración de sus derechos básicos.

La doctrina del Tribunal ha sido innovadora en casos en que las víctimas eran demandantes de asilo y en casos en que éstas ya habían sido reconocidas como refugiadas por el ACNUR, bien antes de dictarse la sentencia del TEDH (como en el caso *Amuur*), bien antes de iniciarse el procedimiento con la presentación de una demanda ante los órganos de garantía (como en el caso *Jabari*). Ello se refleja en la interpretación que el TEDH ha ido haciendo del alcance de la protección de diversos derechos contemplados en el CEDH cuando su aplicación se ha proyectado sobre situaciones en donde la condición de demandante de asilo o refugiado es determinante de la especial vulnerabilidad de las víctimas. La interpreta-

¹⁰³ Ley 12/2009, de 30 de octubre, *reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria*, BOE núm. 263, de 31 de octubre de 2009, artículo 22. De acuerdo con Angel Sánchez Legido, aunque en el caso de la interposición de un recurso contencioso administrativo tiene que pedirse la suspensión del acto recurrido, puesto que la asistencia letrada es preceptiva “en estas condiciones, es impensable que no se solicite la suspensión de la resolución” con lo que “el efecto de la reforma es, a efectos prácticos, atribuir carácter suspensivo al recurso hasta que la autoridad judicial se pronuncie sobre la citada solicitud”. SÁNCHEZ LEGIDO, A., “Entre la obsesión por la seguridad y la lucha contra la inmigración irregular: A propósito de la nueva Ley de asilo”, *REEI*, n° 18, p. 21.

ción del TEDH ha sido relevante en aquellos casos en que los demandantes de asilo se encuentran retenidos en las zonas de espera, que es uno de los momentos más cruciales para los demandantes de asilo, por el riesgo que corren de ser retornados al país de origen en donde temen sufrir tratos que han originado la huida. Así, la condición de demandante de asilo es clave, en primer lugar, para que el TEDH haya considerado que, el hecho de que los demandantes de asilo no tengan una posibilidad *real* de irse de una zona de espera de un aeropuerto comporta que su estancia en estos espacios sea considerada una privación de libertad, en el sentido del artículo 5 CEDH; y, en segundo lugar, para que el TEDH haya considerado que el derecho a un recurso efectivo implica el carácter suspensivo de pleno derecho de las medidas de alejamiento del territorio, cuando se alega que estas medidas podrían vulnerar artículos del CEDH, como el artículo 3. En este último caso, el TEDH proyecta el carácter absoluto de la protección que proporciona el artículo 3 del CEDH sobre el artículo 13 en aquellos casos en que el derecho a un recurso efectivo se invoque en relación con el derecho a no sufrir tortura ni tratos inhumanos o degradantes por un alejamiento. Además, la condición de demandante de asilo de las víctimas ha sido relevante en otras situaciones, como para establecer que una situación de abandono en las zonas de espera era constitutiva de trato degradante, o para relativizar la exigencia de la individualización del riesgo de sufrir tratos inhumanos en el país de destino en casos de conflictos con inseguridad generalizada, aunque la interpretación del TEDH no pueda justificarse sólo por esta circunstancia en estos casos.

Por ello, el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, a través de su jurisprudencia, se ha erigido como un actor clave en la protección de los demandantes de asilo y refugiados en el contexto normativo europeo. Además, su doctrina constituye el estándar mínimo de las garantías de éstos, que debe ser tenido en cuenta por parte la Unión Europea al armonizar el derecho interno de los estados miembros en relación con el asilo o en la futura configuración del *Sistema Europeo Común de Asilo* que tiene como objetivo la configuración de un estatuto de protección uniforme válido en todo el territorio de la Unión y el establecimiento de un procedimiento común de asilo.

LA PROTECCIÓN DE LOS DEMANDANTES DE ASILO POR RAZÓN DE SU VULNERABILIDAD ESPECIAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE LOS DERECHOS HUMANOS

RESUMEN: Los demandantes de asilo forman un colectivo de personas con una vulnerabilidad especial derivada de su extranjería, del desamparo que supone no poder gozar de la protección del estado de la nacionalidad, y de la búsqueda de una protección de sustitución. El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos ha tenido en cuenta esta vulnerabilidad especial, de forma aislada o en conjunción con otros factores, para modular su jurisprudencia en la aplicación de algunos de los derechos inscritos en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos. En concreto, la condición como demandantes de asilo de las víctimas ha sido determinante en la interpretación de los artículos siguientes: el artículo 3 del CEDH, tanto para considerar prohibidas por este artículo ciertas medidas de alejamiento del territorio, como en la apreciación de las condiciones materiales de detención en las zonas internacionales de los aeropuertos; el artículo 5 del CEDH para considerar como privaciones de libertad las medidas aplicadas por algunos estados europeos antes de la admisión en el territorio de los demandantes de asilo; y el artículo 13, en lo que se refiere a la exigencia de la disponibilidad de recursos suspensivos de pleno derecho de las medidas de alejamiento del territorio de los demandantes de asilo, si en el lugar de destino hay riesgo de que sufran tratos prohibidos por el Convenio.

PALABRAS CLAVE: Demandantes de asilo, Refugiado, Derechos humanos, vulnerabilidad especial, Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, Alejamiento, Detención, Recurso Efectivo.

THE PROTECTION OF ASYLUM SEEKERS AS ESPECIALLY VULNERABLE PERSONS IN THE CASE-LAW OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

ABSTRACT: Asylum Seekers constitute a group of persons with a special vulnerability because they are aliens, they do not benefit from the protection of the State of their nationality and they are in search of a protection of substitution. The European Court of Human Rights has acknowledged this special vulnerability, either individually or in conjunction with other circumstances, in order to modulate its jurisprudence concerning some rights enshrined in the European Convention of Human Rights (ECHR). The asylum seeker's quality of victims has been essential to the interpretation of article 3 of the ECHR that deems forbidden certain measures of removal from the territory and unacceptable the material conditions under which in some cases detention in international zones of airports takes place. This quality has been decisive as well to the interpretation of article 5 of the ECHR that allows for the consideration of certain measures that restrict freedom of persons before they are admitted into the territory of one country as detention measures. Finally, the asylum's seekers quality has been equally important to the interpretation of article 13 in that concerning the requirement for legal systems to provide a remedy with automatic suspensive effect

of the removal from the territory of the asylum seekers in cases where there is a risk of violation of rights enshrined in the ECHR in the destination country.

KEY WORDS: Asylum Seekers, Refugee, Human Rights, special vulnerability, European Court of Human Rights, Removal, Detention, Effective Remedy.

LA PROTECTION DES DEMANDEURS D'ASILE DUE À SA VULNÉRABILITÉ SPÉCIALE DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

RÉSUMÉ: Les demandeurs d'asile constituent un collectif de personnes partageant une vulnérabilité spéciale qui se dérive du fait qu'ils sont étrangers, de leur désarroi inhérent au fait qu'ils ne peuvent bénéficier de la protection de l'état de la nationalité, et du fait qu'ils se trouvent à la recherche d'une protection de substitution. La Cour Européenne des Droits de l'Homme a tenu compte de cette vulnérabilité spéciale, de façon isolée ou conjointement avec d'autres facteurs, pour moduler sa jurisprudence lors de l'application de quelques droits inscrits dans la Convention Européenne. De façon particulière, la qualité de demandeurs d'asile des victimes a été déterminante pour l'interprétation des articles suivants: l'article 3 de la CEDH, de même pour considérer interdites certaines mesures d'éloignement du territoire que pour tenir comme contraires à cet article des conditions matérielles de détention dans les zones d'attente des aéroports; l'article 5 de la CEDH, pour considérer que des mesures appliquées par des états européens aux demandeurs d'asile avant de leur admission sur le territoire constituent des privation de liberté; et l'article 13, en ce qui concerne l'exigence de la disponibilité de recours suspensifs de plein droit des mesures d'éloignement du territoire des demandeurs d'asile, s'ils risquent des traitements interdits par la Convention dans le lieu de destination.

MOTS CLÉS: Demandeurs d'asile, Réfugié, Droits de l'Homme, vulnérabilité spéciale, Cour Européenne des Droits de l'Homme, Éloignement, Détention, Recours Effectif.