DOCUMENTO DE TRABAJO
[DT-03/2018]

La cuestión del asilo y el principio de *non-refoulement*: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y sus repercusiones en la UE

María Granados Machimbarrena Estudiante de Relaciones Internacionales, Universidad de Navarra; ayudante de investigación senior, Center for Global Affairs & Strategic Studies

13 de abril de 2018

Palabras clave: refugiados, crisis en el Mediterráneo, ayuda humanitaria, Unión Europea, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Lampedusa, *non-refoulement*.

RESUMEN

A pesar de la sentencia HIRSI Y JAMAA, de 2012, Italia fue condenada en 2015 una vez más por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por detención ilegal y devolución sumaria y colectiva de varios emigrantes. Los hechos ocurrieron en 2011, cuando los demandantes viajaron en un barco a través del Mediterráneo y fueron interceptados por buques italianos. Los emigrantes fueron traslados a la isla de Lampedusa, y detenidos en el Centro di Soccorso e Prima Accoglienza (CSPA), en una área reservada a los nacionales tunecinos. Según los demandantes, fueron detenidos en habitaciones superpobladas y sucias, sin contacto con el exterior. Los acontecimientos tuvieron lugar inmediatamente después de la primavera árabe. Las cuestiones planteadas frente al Tribunal por los demandantes y los argumentos planteados por los jueces son relevantes en el contexto actual de crisis europea en la gestión de los flujos de refugiados por las instituciones de la UE y sus Estados miembros.

LA CUESTIÓN DEL ASILO Y EL PRINCIPIO DE NON-REFOULEMENT: EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y SU REPERCUSIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA

Introducción

En 2014, el Instituto Español de Estudios Estratégicos publicaba un informe que decía que Italia era, desde el punto de vista **cuantitativo**, el principal escenario en el contexto migratorio irregular de la Unión Europea. Anualmente se registran miles de personas que parten de Asia y África—cobrando especial relevancia por el contexto bélico el Medio Oriente—, y cruzan el Sáhara y el Mediterráneo, pasando por la inestable Libia, para llegar a las costas sureñas. Ponen sus vidas en peligro para lograr un futuro más estable, huir de los gobiernos represivos, de las guerras y de la miseria. "Las Fuerzas Armadas por un lado, y las ONGs con el Ministerio del Interior por el otro, actúan en aguas internacionales y en tierra firme para prevenir los naufragios y el contrabando de personas y **ofrecer, siempre que sea posible**, el **derecho de asilo**".[1]

Ante las numerosas críticas de la comunidad internacional, desde el estallido de la guerra en Siria y con la **llegada masiva** de refugiados en pateras a los Estados costeros del Mediterráneo, instituciones de relevancia global tales como la **Unión Europea** se plantean **tomar parte activa en el problema** para tratar de resolverlo, adoptando así distintas resoluciones de carácter político en un primer momento, que con el tiempo irán adquiriendo un papel legal y efectivo. A su vez, la **presión mediática** condicionará el progreso en estos ámbitos, puesto que en un contexto de denuncia social, los tribunales internacionales se verán abocados a adoptar **medidas drásticas** de defensa de los individuos, tales como la condena al Estado receptor.

En la sentencia Khlaifia y otros c. Italia[2], refugiados tunecinos elevan su queja ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos—órgano judicial creado en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, para velar precisamente que los Estados firmantes cumplen los derechos reconocidos en el Convenio—, reclamando su **derecho a ser tratados en condiciones dignas**, entre otras presuntas violaciones del derecho internacional de los derechos humanos. El fallo pone de manifiesto una inactividad flagrante del Estado, e implícitamente sugiere una responsabilidad por omisión **extensible al conjunto de Estados miembro de la Unión Europea**, un aviso que previene frente a posibles violaciones futuras en términos similares, calificando el hecho como "tortura".

---

[1] Manuel Tori. (2 de enero de 2014). *EL FENÓMENO MIGRATORIO EN ITALIA, UNA CUESTIÓN DE SEGURIDAD*. Instituto Español de Estudios Estratégicos, 03/2014, 15.

[2] CASE OF KHLAIFIA AND OTHERS v. ITALY (Referred to Grand Chamber 01/02/2016). Application no. 16483/12. Ver Sentencia en línea http://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2016/07/Corte-EDU-01.09.2015-Khlaifia-e-altri-c.-Italia-n.-1648312.pdf

A partir de lo anterior, se presentan diversas cuestiones, a saber: ¿qué representa el derecho de asilo para la UE, está definido de una manera única?, ¿qué medidas se están tomando al respecto en el seno de este organismo y/o en sus Estados Miembro, tiene amparo legal?, finalmente, ¿qué consecuencias se derivan de la resolución de la sentencia por el Tribunal Europeo?

En el siguiente documento se pretende analizar la sentencia, presentando previamente el marco del espacio de libertad, seguridad y justicia al que aspira la Unión Europea como imperativo para una posible futura unión política. Se concluirá con una opinión crítica sobre el fallo del TEDDHH, añadiendo una hipótesis a futuro poniendo de relieve su argumentación, puesto que creemos conveniente hacer referencia a la jurisdicción que marca las pautas de interpretación del Derecho de los derechos humanos en la actualidad. En las propuestas finales, último apartado, se pretende llevar a cabo sugerencias tomando como ejemplo a un Estado muy diverso con una política interesante de inmigración: Canadá.

1. Definición de conceptos y aclaraciones previas

Uno de los pilares sobre los que se asienta el derecho de asilo es el principio de no devolución, conocido también por su expresión en francés **«non refoulement»**. Dicho principio está recogido en el artículo 33 de la Convención de Ginebra, de 1951[3], en relación con el Protocolo de Nueva York, de 1967, y obliga a los Estados a *no devolver, retornar, expulsar o extraditar a un refugiado a su país de origen ni a otros en los que su vida o su libertad corran peligro*. También se encuentra codificado en los instrumentos jurídicos sobre asilo de ámbito regional, y constituye una norma de Derecho internacional consuetudinario.

El conflicto yugoslavo de principios de los años noventa hizo plantearse a la UE, por primera vez, la gestión conjunta de la llegada masiva de refugiados, unificando los procedimientos de acogida y estableciendo un mínimo común en cuanto a la atención de los asilados. En octubre de 1999, el Consejo Europeo de Tampere determinó la necesidad de crear un **sistema común de asilo**, cuyo fin primordial sería alcanzar un régimen para determinar el Estado responsable de examinar una solicitud de protección, un estatuto uniforme de asilo, un procedimiento común para su concesión o retirada y un sistema común de protección temporal. Este esfuerzo se tradujo en la aprobación de la conocida como **Regulación de Dublín**, que atribuía al Estado de la UE al que el solicitante llegaba en primer lugar la responsabilidad de atender la solicitud de asilo. Para ello se creó EURODAC, la base de datos de huellas dactilares que permitía un rápido registro de los solicitantes. En 2013 se establecieron nuevas normas para asegurar que el solicitante de asilo era tratado de igual forma con independencia del país

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

de la Unión Europea en el que formulase su solicitud. La UE trabaja desde entonces en la creación del **SECA**[4] y en la mejora del marco legislativo vigente.[5]

2. El espacio de libertad, seguridad y justicia, breve explicación e historia

Desde Lisboa (2007, en vigor desde el 2009) es una **competencia compartida**. Velar por la seguridad del ciudadano, la penalización de actos contrarios al derecho en los distintos ámbitos (civil, penal, administrativo, mercantil, procesal) están comprendidos dentro de esta política, directamente relacionada y en coherencia con los objetivos del **mercado interior** (cuyo propósito último recordamos era la eliminación de las trabas interiores en la Unión)[6]. La igualdad de todos los ciudadanos para desarrollarse en condiciones de respeto de los derechos, dentro del Estado de derecho que es requisito para entrar en la Organización Internacional de integración, supone el cumplimiento de lo pactado, siendo las constituciones que fundamentan los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembro aquellas que garantizan la libertad.

La **libre circulación** (libre desplazamiento de ciudadanos, menor control de fronteras interiores, derecho a la residencia y a la participación política en las elecciones municipales, entre otras ventajas) tiene en la otra cara de la moneda la **seguridad interior**. Se plantea qué hacer ante la libertad de movilidad por el territorio de la Unión de un traficante europeo, cómo conseguir un mayor control de la delincuencia y de las fronteras exteriores, etc.

En 1951 se ratifica el **Estatuto de Ginebra** sobre el **derecho al asilo**. Se trata de una figura jurídica con requisitos tasados, y que supone un acto de gracia del Estado concreto. Los márgenes nacionales de apreciación serán relevantes aun estableciendo una política de visados, asilo e inmigración con elementos comunes.

Así, los **Acuerdos Schengen de 1985**—Tratado de Derecho Internacional entre los cinco Estados fundadores (Bélgica, Holanda, Luxemburgo, Italia, Francia y Alemania), que pactan la posibilidad de los nacionales de estos países de no llevar más identificación que el DNI para cruzar estas fronteras—son antecesores del Tratado de Ámsterdam de 1997[7].

---

[4] Sistema Europeo Común de Asilo: Reglamento 603/2013, Reglamento 604/2013, Directiva 2013/32/UE, Directiva 2013/33/UE

[5] Para una explicación detallada al respecto recomendamos ver el Informe del Defensor del Pueblo. (Junio 2016). *Estudio sobre EL ASILO EN ESPAÑA La protección internacional y los recursos del sistema de acogida*, 103. Noviembre 2017, De https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2016/07/Asilo_en_España_2016.pdf

[6] El Mercado Interior pretende ser seguro en dos sentidos: en lo intracomunitario, supone la eliminación de fronteras (libre circulación), manteniendo requerimientos europeos de calidad, que no difieren de las normativas nacionales de los Estados Miembro; en el comercio con terceros, un arancel externo común (control de la frontera exterior), que garantice (por producto en el caso de bienes) su regulación uniforme. Incorpora cuatro aspectos: bienes y servicios, capitales y personas.

[7] En vigor desde 1999

La Cooperación Estatal en materia civil y penal de policía y jueces (**CPJCP**) es otro avance relacionado, por el que se van haciendo comunes los elementos esenciales, dejando margen a la soberanía nacional de cada Estado en cuestiones de forma[8], como el tipo de documentación necesaria.

En los años 90 se completa con la equiparación y hegemonización de condiciones de los Estados firmantes sobre documentación en aduana y otras cuestiones relacionadas. La apertura a la incorporación de nuevos Estados (Austria, Finlandia y Suecia) y la comunitarización del Acervo Schengen, construido al margen de la Unión, son relevantes a la hora de observar la manera de progresar de la UE: el Tratado que entrará en vigor en 1999 es la culminación de negociaciones y del avance en satisfacer los intereses de la organización. Por otra parte, se establece una pequeña secretaría para garantizar los contenidos, y las decisiones serán vinculantes para los Estados firmantes de Schengen, cuyas normas han aumentado con los años. Con el avance de la tecnología y de los medios informáticos, en 1990 se crea un Sistema de Información Schengen (SIS) para la validez de documentación en las aduanas, y que será modificado (SIS II).

Con el Tratado de Ámsterdam se avanzó en la ausencia de controles de personas en fronteras interiores y en el control de la frontera exterior; pero es en Lisboa cuando se cede esta competencia como compartida[9]. Forma parte de los objetivos señalados en el art. 67 TFUE y s.s. sobre "**Fronteras asilo e integración**" (art. 77, 78 y 79 TFUE). Las particularidades jurídicas son: es el Consejo quien aprueba medidas por unanimidad, y la Comisión posee la iniciativa (1/4 de los Estados Miembro pueden solicitar el inicio del procedimiento legislativo.

En 2004, la creación del **Código de Frontera Común** se encargará de certificar el cumplimiento de criterios comunes (se trata de organizar el sistema europeo común de asilo), y la **oficina Frontex**[10] de coordinar la información entre los guardias oficiales de fronteras (facilita el intercambio de documentación y el control de los ilegales). La Cooperación policial y judicial en materia civil y penal es progresiva y se hace efectiva con una serie de reglamentos y directivas que pasaremos a explicar a continuación.

El Consejo Europeo[11] sufre en 2003 una urgente llamada de atención frente a la cruda realidad global del **terrorismo** (11-S), es por esto por lo que la Unión decide

---

[8] Se regula por tanto con directivas y se evitan los reglamentos, puesto que el margen de apreciación nacional es mayor en las primeras: supone una obligación acerca de los fines, pero deja al Estado tomar decisiones relativas a la forma de aplicación y transposición a su legislación.

[9] Eliminación del sistema de pilares. Ver art. 4 apartado II k) Consecuencias prácticas: es la Unión y sus instituciones las que regulan siguiendo el principio de subsidiaridad (es decir, el Tribunal de Justicia, el Parlamento europeo, el Consejo, la Comisión, el Comité económico y social, el de las Regiones, etc.).

[10] Es interesante conocer de la pugna entre su localización en Polonia (Varsovia, donde finalmente se encuentra situada, por su cercanía con el Este) o en España (control del Mediterráneo).

[11] Donde se encuentran representados los Estados por medio de los Jefes de Estado y de Gobierno

dotarse de una estrategia de cooperación de seguridad exterior; el objetivo: 'Atacar allá donde estén'. Así, Juncker formulará en 2010 una **nueva Estrategia de cooperación y seguridad internacional de lucha contra el crimen organizado**. Cabe mencionar el art. 68 TFUE como punto de partida de una serie de orientaciones estratégicas definidas por el Consejo europeo para la programación legislativa.

La agenda de seguridad interior es reforzada mediante los **reglamentos Dublín I, II y III**, aprobados en los años 2001, 2002 y 2013 respectivamente. En ellos se hace referencia concreta a quién, cómo, y cuándo tramitar las solicitudes de asilo y los estatutos de refugiado, un elenco de normas reguladoras que coordinará la actividad estatal en estas materias.

Se observa el nacimiento de nuevas figuras en la legislación de la Unión:

-El asilo: concedido por razón política (acto de gracia del Estado), se debe a una persecución real y una preocupación fundada de peligro en el país origen. Conlleva la residencia permanente y la protección territorial.

-Protección subsidiaria: en momentos de crisis, conflictos armados, e inseguridad generalizada, se ofrece la protección territorial temporal con regreso al país origen terminado el conflicto armado.

-Protección temporal: Directiva 2001/55/CE[12]: en caso de afluencia masiva de personas desplazadas, es una serie de medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los países de la Unión Europea, motivos de guerra, violencia o violaciones de los derechos humanos. Es una protección inmediata y de carácter temporal para estas personas desplazadas. No exige la distribución obligatoria de los solicitantes de asilo entre todos los países de la UE. Es prorrogable a dos años, e incluye un permiso de residencia.

Frontex refuerza los puntos de solicitud de asilo para que los necesitados puedan acceder a la protección subsidiaria y al asilo. Las normas y criterios reglamentarios para concederlo, así como las condiciones de acogida, se regulan vía reglamento o directiva.

En el **ámbito de la justicia y de cooperación civil** se fundamenta y solidifica el principio de reconocimiento de sentencias judiciales (todo lo juzgado en un Estado se reconoce, no se vuelve a juzgar sobre el fondo). Es la interdicción de revisar toda sentencia judicial firme. Al respecto, se aprueban: Bruselas I/II, y Roma I/II (acerca de la colisión de leyes y normativa aplicable en caso de conflicto de normas).

En cuanto a la **cooperación penal**, en 2002 nace la *Euroorden* y son de señalar sus subsiguientes reformas, así como la fundación del *Eurojust*. En junio de este año, los Estados miembro crean al margen de Lisboa la posibilidad de tipificar delitos para simplificar el mecanismo, de tal manera que la autoridad pueda perseguir al delincuente (búsqueda y entrega). Si existen sospechas fundadas, el juez no tendrá que investigar, sino que reconocerá la investigación llevada a cabo por otro Estado miembro. Bélgica,

[12] Ver eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/AUTO/?uri=celex:32001L0055

Francia, Alemania, y España adelantan de esta manera la Euroorden (por interés acrecentado con el terrorismo). El objetivo es facilitar la persecución de los delitos (reconocimiento de la extradición con solo la solicitud, coordinación del sistema de embajadas, reducción del tiempo de espera y confirmación). Con la ratificación de la Euroorden en el seno de la Unión cabrá la imposición a los Estados vía reglamento o directiva a legislar en modos concretos esta materia. El cambio de los mecanismos de búsqueda y entrega de sospechosos fundados culmina en 2017 con su aprobación en el Parlamento.

En Diciembre de 2014, las **Naciones Unidas** deciden atajar los efectos del DAESH. En relación con el Cap VII, se procede a tipificar los viajes de terroristas y el mantenimiento de páginas radicales. El aparato del DAESH completo queda ilegalizado de forma concreta. Para avanzar de forma colectiva con estos fines, en 2015 se escribe el borrador sobre un proyecto legislativo para modificar la Euroorden para apresar terroristas de esta organización.

Por su parte, el Eurojust será una oficina semejante a Frontex para coordinar informáticamente la cooperación entre jueces tras indicios fundados de delitos, principalmente de los relativos al terrorismo internacional.

Finalmente, la **cooperación policial** persigue la posibilidad de entrar en otros Estados miembro sin perjuicio de la soberanía nacional del mismo (por posible injerencia en sus asuntos internos). Nace la Europol y la Fiscalía europea (todavía en curso). Los delitos de guante blanco, en contra de los intereses financieros de la Unión (cuotas, aranceles, fondos de la PAC, delitos financieros de calado) se juzgarán e investigarán con esta Fiscalía Europea Común; y la coordinación de solicitudes e investigaciones de sospechosos se realizará por medio de la Europol.

CRONOLOGÍA DE LAS PRINCIPALES RESPUESTAS DE LA UE EN 2016 A LA CRISIS DE LOS REFUGIADOS	3 de febrero. Acuerdo Mecanismo UE-Turquía.	12 de febrero. Evaluación de Schengen en Grecia	7 de marzo. Reunión del Consejo Europeo con Turquía.
	Acuerdo sobre el modo de financiar los 3.000 millones de euros	Recomendación: subsanar las deficiencias en la aplicación del acervo en el ámbito de la gestión de las fronteras exteriores por Grecia	Refuerzo de cooperación en materia de crisis migratoria y la reducción del número de entradas ilegales desde Turquía a Grecia.

9 de marzo de 2016, el Consejo aprobó un instrumento de asistencia urgente en la UE.	Este mecanismo permitirá a la UE ayudar a Grecia y a otros Estados miembros afectados frente a la difícil situación humanitaria provocada por la crisis migratoria	10 de marzo. Consejo de Justicia y Asuntos de Interior. Propuesta de Reglamento por el que se crea una guardia europea de fronteras y costas.	16 de marzo. El Consejo aprueba un instrumento para financiar la asistencia urgente en la UE.
17 y 18 de marzo Consejo Europeo. Acuerdo de la UE y Turquía	destinado a atajar la afluencia de migrantes irregulares a Europa a través de Turquía, acabar con el modelo de negocio de los traficantes y ofrecer a los migrantes una alternativa para que no deban arriesgar la vida.	4 de mayo. Propuestas de la Comisión Europea - Sistema Europeo Común de Asilo. Propuesta de Decisión de Ejecución del Consejo	por la que se establece una Recomendación que permite mantener los controles temporales en las fronteras interiores en circunstancias excepcionales.
12 de mayo. Controles en las fronteras interiores de Schengen.	20 de mayo. Consejo de Justicia y Asuntos de Interior.	Se invita a los Estados participantes a que aceleren el reasentamiento de refugiados sirios procedentes de Turquía y la reubicación de solicitantes de asilo procedentes de Grecia e Italia, conforme a las decisiones vigentes.	
26 y 27 de mayo. Cumbre del G-7.	Compromiso para incrementar la asistencia mundial para atender a las necesidades de los refugiados y de las comunidades que los acogen. Instan a las instituciones financieras y a los donantes bilaterales a que intensifiquen su asistencia. Acuerdan asimismo mejorar los cauces legales y respaldan la creación de programas de reasentamiento.	7 de junio. Comunicación sobre un Marco de Asociación con terceros países.	Propuesta de Directiva relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado.

10 de junio. Consejo de Justicia y Asuntos de Interior. Aplicación de la Declaración UE Turquía.	Adopción de la Decisión destinada a suspender durante un año de las obligaciones de Suecia respecto de la reubicación de personas necesitadas de protección internacional procedentes de Italia y Grecia.	20 de junio. Prórroga del mandato de EUNAVFOR MED SOPHIA por un año y ampliación del mandato de la operación	Añadiendo dos cometidos: formar a los guardacostas y la armada de Libia, y contribuir a la ejecución del embargo de armas de la ONU en alta mar frente a las costas de Libia.
28 de junio. Consejo Europeo. Necesidad de un marco de cooperación eficaz con cada uno de los países de origen o de tránsito	Retorno rápido y operativo de los migrantes irregulares, aplicar la influencia necesaria, utilizando todas las políticas, instrumentos y herramientas de la UE pertinentes, y movilizar también los elementos que entran dentro de las competencias de los Estados miembros.	3 de julio. Propuestas de la Comisión Europea - Sistema Europeo Común de Asilo.	Segunda serie de propuestas para reformar el Sistema, propuesta para crear un marco común de la UE en materia de reasentamiento.
18 de julio. Prórroga del mandato de la EUCAP Sahel Níger hasta el 15 de julio de 2018.	14 de septiembre. Aprobación final de la Guardia Europea de Fronteras y Costas.	13 de octubre. Consejo de Justicia y Asuntos de Interior.	Insuficiencias en la aplicación de las medidas adoptadas sobre migración, aumentar el número de expertos enviados por los Estados miembros a las agencias.
Octubre. El BEI invierte 15.000 millones en regiones afectadas por la crisis migratoria.			

Fuente: Elaboración propia con información tomada del Consejo Económico y Social España. CAUCES 33

3. El caso Khlaifia y otros c. Italia

Resumen (acontecimientos relevantes para la sentencia):

Se plantea la situación de tres ciudadanos tunecinos, que alegan que Italia ha violado los artículos 3, 5 y 13 de la CEDH, y el artículo 4 de Protocolo nº 4.

Los hechos ocurrieron en 2011, cuando los demandantes viajaron en un barco a través del Mar Mediterráneo y fueron interceptados por los buques italianos. Los emigrantes fueron traslados a la isla de Lampedusa, y detenidos en el "Centro di Soccorso e Prima Accoglienza" (CSPA), en una área reservada a los nacionales tunecinos. Según los demandantes, fueron detenidos en habitaciones superpobladas y sucias, sin ningún contacto con el exterior. Se hace alusión a una violenta revuelta que estalló entre los migrantes en tal centro. El lugar fue arrasado por un incendio, y los demandantes fueron transportados al centro de deportes de Lampedusa para pasar allí la noche[13]. Las manifestaciones de protesta por las calles de la isla terminaron cuando la policía interpeló a los reclamantes, y acto seguido los recondujo primero al centro de acogida, y posteriormente al aeropuerto de Lampedusa, del que una vez más fueron trasladados al de Palermo con el objetivo de ser repatriados.

Mientras, el Gobierno introdujo tres decretos de retorno con fecha del 27 y 29 de septiembre de 2011, aplicados contra los demandantes. El cuestor (*Questore*) de la provincia de Agrigente Vu aplica los decretos legislativos nacionales a la hora de ordenar la devolución al país de origen de los tunecinos, explicando que el personal perteneciente a las fuerzas de policía los encontró en la frontera de la isla sin poderlos identificar totalmente por carecer estos de documentación; que los individuos escaparon de los controles fronterizos; que se les identificó nada más entrar en territorio nacional (Lampedusa); y añade que es posible dirigir un recurso contra el presente decreto, aunque ello no llevaría a una suspensión inmediata del mismo. Finaliza aclarando que a los tunecinos se les notificará y proveerá de una copia del documento en un idioma de su comprensión; asimismo, se comunicará a la representación diplomática o consular del Estado de origen, como queda previsto en las normas nacionales.[14] El proceso verbal

---

[13] "…) où une violente révolte éclata parmi les migrants. Les lieux furent ravagés par un incendie, et les requérants furent transportés au parc des sports de Lampedusa pour y passer la nuit.
(…) avec 1 800 autres migrants environ, des manifestations de protestation dans les rues de l'île. (…) Interpellés par la police, les requérants furent reconduits d'abord dans le centre d'accueil puis à l'aéroport de Lampedusa. (…) ils furent transportés à l'aéroport de Palerme dans le but d'être rapatriés"

[14] "Le chef de la police (*Questore*) de la province d'Agrigente Vu les pièces du dossier, dont il résulte que

> « 1) en date du 17 [18] septembre 2011, **le personnel appartenant aux forces de police a trouvé** dans la province d'Agrigente **près de la ligne de frontière/près de la frontière de l'île de Lampedusa** M. [nom et prénom] né (...) le [date] (...) ressortissant **tunisien** (...) **non entièrement identifié** car dépourvu de documents (*sedicente*) ;
>
> « 2) l'étranger est entré sur le territoire de l'État **en se soustrayant aux contrôles de frontière** ;

de notificación[15] que acompañó los decretos contenían un espacio en blanco, reservado para la firma de los interesados, con la inscripción *si rifiuta di firmare e ricevere copia* [reúsa a firmar y a recibir una copia].

Una vez llegaron al aeropuerto de Túnez, los demandantes fueron liberados.

Otros datos importantes:

El 5 de abril de 2011, el gobierno italiano firmó un acuerdo con Túnez en materia de control de la ola de inmigración irregular proveniente de este país. Túnez se comprometió a aceptar el retorno inmediato de los tunecinos llegados a Italia.

Las llegadas comenzaron el 29 de enero de 2011 y rápidamente la población de la isla se encontró multiplicada por dos. Seguidamente, Italia declaró el estado de urgencia humanitaria en la isla de Lampedusa y llamó a la solidaridad de los Estados miembro de la Unión Europea. Los poderes de urgencia fueron confiados al prefecto de Palerma para gestionar la situación.

En este contexto, la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa (APCE[16], también por sus siglas en francés) constituyó una sub-comisión *ad hoc* "sobre la llegada masiva de migrantes en situación irregular, de demandantes de asilo y de refugiados a las orillas al sur de Europa"[17]. Informó, entre otros puntos, sobre las siguientes cuestiones:

« 3) **l'identification** (*rintraccio*) de l'étranger a eu lieu à l'entrée/**tout de suite après son entrée** dans le territoire national, et précisément : île de Lampedusa

« ATTENDU qu'on n'est en présence d'aucun des cas [indiqués] à l'article 10 § 4 du décret législatif no 286 de 1998 ;

« CONSIDÉRANT qu'il y a lieu de procéder selon l'article 10 § 2 du décret législatif no 286 de 1998 ;

« ORDONNE LE REFOULEMENT AVEC RECONDUITE À LA FRONTIÈRE

« De la personne susmentionnée

- qu'**un recours peut être introduit** contre le présent décret, dans un délai de soixante jours à compter de sa notification, devant le juge de paix d'Agrigente ;

« - que **l'introduction du recours ne suspend en aucun cas l'exécution (*efficacia*) du présent décret** ;

« - [que] le directeur du bureau de l'immigration procèdera, en exécution du présent décret, à sa **notification**, accompagnée d'une copie synthétiquement traduite vers une **langue connue par l'étranger**, ou bien vers la langue anglaise, française ou espagnole ; à sa **communication à la représentation diplomatique ou consulaire de l'État d'origine** selon ce qui est prévu par l'article 2 § 7 du décret législatif no 286 de 1998 ; et à son enregistrement au sens de l'article 10 § 6 du même décret législatif ;

« Reconduite à la frontière de Rome Fiumicino

[Fait à] Agrigente [le] 27[29]/09/2011 Pour le Chef de la Police [Signature]>>

[15] traducido igualmente al árabe y al italiano para su comprensión por parte de los tunecinos.

[16] Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe

[17] « sur l'arrivée massive de migrants en situation irrégulière, de demandeurs d'asile et de réfugiés sur les rivages du sud de l'Europe »

-El 21 de septiembre de 2011, se registraron 55.298 personas llegadas por mar a Lampedusa (de entre las cuales 27.315 provenían de Túnez).

-Lampedusa tiene dos centros de acogida.

-En el momento de la visita (por parte de los investigadores del APCE), el centro albergaba a 804 personas. Las condiciones de acogida eran correctas, aunque muy básicas.

En palabras de la Comisión *ad hoc*: "El número de habitantes es importante, puesto que justifica que los traslados se efectúen con gran rapidez, llegando a veces a suceder que los inmigrantes no sean informados de su derecho a demandar el asilo. La urgencia se encuentra por tanto en lo siguiente: se encuentran agotados, desorientados, y desean lavarse, comer y dormir."[18] Añade que la sesión turística de 2011 será catastrófica, conllevando un hundimiento de la economía local. "Los sucesos recientes tendrán indudablemente unas consecuencias irreparables para los habitantes de Lampedusa".

Análisis:

Se hace mención al art. 5 (**derecho a la libertad y a la seguridad**) en relación con los puntos 1, 2 y 4[19]. En **Hirsi y Jamaa**[20] es interesante observar el mecanismo judicial al que se obliga al Estado a desarrollar: la devolución de los 'refugiados' (sin comprobación de pasaportes o documentación, para aligerar el proceso) pretende prevenir ante una complicación burocrática de asimilación de solicitudes de asilo. Si

---

[18] (*vid.* § 50 de la Sentencia)

[19] Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley: (…)

c) Si ha sido detenido y privado de libertad, **conforme a derecho**, para **hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente**, cuando existan **indicios racionales de que ha cometido una infracción** o cuando se estime necesario para **impedirle que cometa** una infracción o que huya después de haberla cometido ; (…)

f) Si se trata de la detención o de la privación de libertad, conforme a derecho, de una persona para **impedir su entrada ilegal en el territorio** o contra la cual esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición.

2. Toda persona detenida debe ser **informada**, en el plazo más breve posible y en una lengua que comprenda, de los motivos de su detención y de cualquier acusación formulada contra ella.

3. Toda persona detenida o privada de libertad en las condiciones previstas en el párrafo 1 c), del presente artículo deberá ser **conducida sin dilación ante un juez** u otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento.

La puesta en libertad puede ser condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado a juicio.

4. Toda persona privada de su libertad mediante arresto o detención tendrá **derecho a presentar un recurso** ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su detención y ordene su puesta en libertad si dicha detención fuera ilegal.

[20] Sentencia muy similar en cuanto a los artículos aludidos y que tiene un vínculo fuerte de causalidad, así como una temática parecida: refugiados devueltos a Libia.

bien es cierto que la **prevención de la entrada ilegal** está defendida como causa de exclusión en el Convenio, la norma *ius cogens* del derecho internacional es un imperativo ineludible del Estado (en este caso Italia) de **no devolver a los perseguidos en sus Estados de origen**. Se reduce así la soberanía nacional y el margen de apreciación nacional de los Estados, impidiéndole por razones de trato humanitario tomar decisiones que pongan en peligro vidas humanas. La situación fue agravada por el *carácter colectivo de la expulsión*; mientras que Italia alegaba que había sido una prohibición de entrada. En el presente caso, Italia sí los admite, no procede a su devolución probablemente por influencias de la anterior resolución.

En cuanto al artículo 3[21], la mayoría del Tribunal (cinco votos contra dos) encontró una violación en relación con las **condiciones de detención** en el **centro de acogida** de Lampedusa (incumplimiento asimismo del art. 5 por relación directa), pero no en relación con las condiciones de los buques atracados en Palermo en los que también fueron detenidos los demandantes. Sobre ello se volverá más adelante por su relevancia en la jurisprudencia posterior.

Junto con el artículo 3, debido a la **falta de un recurso efectivo** para impugnar las condiciones de confinamiento, se imputa otra violación: el artículo 13[22] (desinformación sobre los mecanismos judiciales disponibles), junto con el artículo 4 del protocolo núm. 4[23], ya que la denegación de entrada aplicada a los demandantes indicaba expresamente que interponer un recurso *no tendría ningún efecto suspensivo sobre su expulsión*. Es decir, los recursos ofrecidos solo tenían por objeto cuestionar la legalidad de la medida.

El derecho y los documentos internos pertinentes: las disposiciones en materia de expulsión de extranjeros en situación irregular

Las normas italianas que tratan estas cuestiones se mencionarán por su influencia y clarividencia a la hora de abordar el derecho al asilo en el Estado europeo.

El decreto legislativo (*decreto legislativo*) número 286 de 1998 («Texto unificador de las disposiciones concernientes a la reglamentación de la inmigración y de las normas sobre el estatuto de los extranjeros»), modificado por las leyes no. 271 de 2004 y no. 155 de 2005 y por el decreto legislativo no. 150 de 2011 explica[24]:

---

[21] Prohibición de la tortura: "Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes". (CEDH)

[22] Derecho a un recurso efectivo: "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."

[23] Prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros: "Quedan prohibidas las expulsiones colectivas de extranjeros."

[24] <<Article 10 (refoulement)

> « 1. La police des frontières refoule (*respinge*) les étrangers qui se présentent aux frontières sans satisfaire aux critères fixés par le présent texte unifié sur l'entrée dans le territoire de l'État.

Artículo 10 (retorno)

« 1. La **policía fronteriza** devolverá (*respinge*) a los extranjeros que se presenten en las fronteras sin satisfacer los criterios fijados por el presente texto unificador sobre la entrada en el territorio del Estado.

« 2. El retorno de expulsión a la frontera será asimismo ordenado por el **jefe de la policía** (*questore*) en el encuentro de los extranjeros:

« a) que entren en el territorio del Estado escapando de los controles de frontera, cuando son arrestados en el momento de la entrada en el territorio o justo después;

« b) que han sido temporalmente admitidos en el territorio por necesidades de ayuda pública.

« (…)

« 4. Las disposiciones de los incisos 1 [y] 2 (…) **no se aplican** a los casos previsto por las disposiciones en vigor que rigen el **asilo político**, la concesión del **estatuto de refugiado** o la adopción de medidas de protección temporal por **motivos humanitarios**.

« 2. Le refoulement avec reconduite à la frontière est par ailleurs ordonné par le chef de la police (*questore*) à l'encontre des étrangers :
« a) qui entrent dans le territoire de l'État en se soustrayant aux contrôles de frontière, lorsqu'ils sont arrêtés au moment de l'entrée dans le territoire ou tout de suite après ;
« b) qui ont été temporairement admis sur le territoire pour des nécessités de secours public.
« (...)
« 4. Les dispositions des alinéas 1 [et] 2 (...) ne s'appliquent pas aux cas prévus par les dispositions en vigueur régissant l'asile politique, l'octroi du statut de réfugié ou l'adoption de mesures de protection temporaire pour des motifs humanitaires.
« « 1. Pour des raisons d'ordre public ou de sécurité de l'État, le ministre de l'Intérieur peut ordonner l'expulsion de l'étranger, même si celui-ci [n'a pas sa résidence] dans le territoire de l'État, en informant préalablement le président du Conseil des ministres et le ministre des Affaires étrangères.
« « 2. Le préfet ordonne l'expulsion lorsque l'étranger :
« a) est entré dans le territoire de l'État en se soustrayant aux contrôles de frontière et n'a pas été refoulé en application de l'article 10 ;
« (...)
« 8. Contre le décret d'expulsion, un recours peut être présenté devant l'autorité judiciaire (...). »
« Article 14 (exécution de l'expulsion)
« 1. Lorsqu'en raison de la nécessité de secourir l'étranger, d'effectuer des contrôles supplémentaires quant à son identité ou à sa nationalité ou d'obtenir les documents de voyage, ou en raison de l'indisponibilité du transporteur, il n'est pas possible d'exécuter rapidement l'expulsion par reconduite à la frontière ou refoulement, le chef de la police (*questore*) ordonne que l'étranger soit retenu pendant le temps strictement nécessaire auprès du centre d'identification et d'expulsion le plus proche, parmi ceux identifiés ou créés par décret du ministre de l'Intérieur en concertation (*di concerto*) avec les ministres de la Solidarité sociale et du Trésor, du Budget et de la Planification économique. »

« « Por razones de **orden público o de seguridad** del Estado, el ministro del Interior puede ordenar la expulsión del extranjero, incluso si este [no posee su residencia] en el territorio del Estado, informando previamente el presidente del Consejo de ministros y el ministro de Asuntos exteriores [extranjeros].

« « El **prefecto** ordenará la expulsión cuando el extranjero:

« a) haya entrado en el territorio del Estado escapando de los controles de frontera y no haya sido devuelto aplicando el artículo 10;

« (…)

« 8. Contra el decreto de expulsión **es posible presentar un recurso** frente a la autoridad judicial (…)»

« Artículo 14 (ejecución de la expulsión)

« Cuando en razón de necesidad de socorrer al extranjero, de efectuar controles suplementarios acerca de su identidad o nacionalidad o de obtener los documentos de viaje, o en razón de la indisponibilidad del transportista, **no sea posible ejecutar rápidamente la expulsión** por reconducción a la frontera o por retorno (*refoulement*), el jefe de la policía (*questore*) ordenará que el extranjero **sea retenido durante el tiempo estrictamente necesario** en el centro de identificación y de expulsión más cercano, entre aquellos identificados o establecidos por decreto del ministro de Interior en concierto (*di concerto*) con los ministros de la Solidaridad social y del Tesoro, del Presupuesto y de la Planificación económica.»

Aplicación a la Unión: el TJUE

La interpretación de la recepción en los Estados miembros de la **Directiva de la UE sobre condiciones de acogida** (en cuanto a la detención de solicitantes de asilo) y la **Directiva de retorno**[25] (en cuanto a la detención de migrantes irregulares) quedan directamente relacionadas. El TJUE en efecto ya había declarado que la interpretación de 'detención' del TEDH sería relevante para la **aplicación de la legislación de la UE sobre la orden de detención europea.**

Así, el Tribunal de la Unión Europea aclaró que, al ejercer el poder discrecional que les otorga el artículo 3.2 de l Reglamento de Dublín, los Estados miembros de la UE deben actuar *en conformidad con los derechos fundamentales y los principios reconocidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE*[26]. Por lo tanto, cuando existan pruebas de deficiencias sistémicas en el procedimiento de asilo y las condiciones de acogida que pueden dar lugar a una vulneración del artículo 4 de la

[25] La **directiva del retorno** 2008/115/CE, sobre inmigración ilegal, supone el primer paso adelante hacia una política común de inmigración en la Unión Europea (M. Weber, parlamentario de la UE). Se traspuso en los ordenamientos jurídicos de los estados miembros con fecha límite el 24 de diciembre de 2011.

[26] Carta impulsada en Niza (2001) y elevada a rango de Derecho originario con Lisboa (2009)

Carta (prohibición de la tortura), los Estados miembros no podrán trasladar a un solicitante de asilo al Estado miembro responsable en el sentido del Reglamento[27].

De la misma manera, la interpretación de la **'legalidad' de detención** bajo el TEDH, es conforme a la normativa de la Unión, así como la violación sobre el **derecho a ser informado en un proceso.** La violación del artículo 13 CEDH en relación con la **falta de un recurso efectivo en relación con las condiciones de detención** también podría ser pertinente a la legislación de la UE. Aunque este tipo de recurso no sea expresamente mencionado en las dos directivas europeas, sí que está garantizado por el artículo 47 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales.

En cuanto a las **condiciones en centros** de acogida o en naves, proporciona a los Estados una guía en el contexto actual.

Queda implícito el requisito de la toma de decisión **individual** y la obligación de cumplir con la Carta Europea de Derechos Fundamentales, la cual expresamente prohíbe la expulsión colectiva. Es imperativo el análisis individual de la situación particular de la persona expulsada, sobre lo cual ya se ha hablado en las figuras nuevas creadas por la Unión para la defensa de los individuos cuyas vidas peligran (protección subsidiaria, temporal).

Es muy importante la insistencia del Tribunal sobre que lo fundamental que resulta el control judicial de la detención incluso en el contexto de migratorio, dejando claro que **no hay ninguna 'crisis' ni otra excusa** para evitar la revisión judicial de la detención de migración o asilo. A pesar de hacer mención a la complicada situación del Estado italiano frente a la ola de refugiados naufragando sus costas, no deja lugar a dudas sobre el deber de garantizar tales derechos.

La opinión disidente de los jueces

La opinión parcialmente disidente de dos jueces que se opusieron a que las condiciones del CSPA en la isla de Lampedusa no alcanzaran el **umbral del Artículo 3** es interesante a la hora de observar una posición contraria a la de la mayoría en el Tribunal. La detención suele **durar**, siguiendo la **jurisprudencia del órgano**, más que en el presente caso. Otros elementos significativos (no presentes en este caso) que pesan más que una estancia prolongada podrían ser, en palabras del primer juez disidente, la **severidad** del daño: que el individuo sea particularmente vulnerable, condiciones excepcionalmente denigrantes, o que el confinamiento sea en una celda bloqueada no adaptada para la habitación o de algún otro modo pernicioso. Además, la mayoría de sentencias dictadas anteriormente que hacen referencia al Artículo 3 hacen alusión a **varias** de las anteriores características de forma conjunta.

En el caso Khlaifia y otros c. Italia, el primer juez disidente **alegó**: «Los demandantes eran hombres jóvenes y sanos; no alegaron malos tratos por los oficiales

[27] Se plantea por tanto un problema sin salida visible: por una parte, interdicción de devolución del refugiado; por otra parte, las condiciones en las que se acoge han de ser dignas en todo caso.

italianos, y durante la instancia pudieron moverse bastante libremente por el Centro: tuvieron acceso a comida y a las instalaciones básicas; y su estancia en el Centro duró menos de cuatro días. A su vez, se debe recordar que la ubicación temporal de los interesados en el CSPA fue una respuesta a una situación de emergencia en la que tuvo lugar una afluencia inesperada de migrantes en una isla que carecía de la infraestructura necesaria para acomodar de forma apropiada a los recién llegados».[28]

En cuanto a la violación del Artículo 4 del Protocolo Nº4, se recuerdan las raíces históricas de las deportaciones masivas, término del que deriva la "expulsión colectiva", que tiene un significado concreto en el derecho internacional. El derecho internacional prohíbe dirigirse contra un grupo para eliminarlo de un territorio sin tener en cuenta a los miembros individuales que lo componen. La **Comisión de Derecho Internacional** explica que "la **decisión** concerniente a la expulsión se realiza respecto del grupo de entes en su conjunto. El **procedimiento** se conduce con respecto al grupo de entes en su conjunto. La **implementación** de la decisión se lleva a cabo con respecto al grupo de entes en su conjunto".[29] Las dos **características** de la "expulsión colectiva" son, por tanto:

-La razón de la expulsión se encuentra en la **adhesión** a tal grupo;

-no considerar con la expulsión la **identidad** individual de los miembros del grupo.

En *Hirsi y Sharifi*, como la Comisión de Derecho Internacional (ILC por sus siglas en inglés) se reitera esta descripción aportada en la definición, aclarando que el término se aplica solo en la más severa de las circunstancias, puesto que las **raíces** se encuentran en las políticas de homogeneización nacional y genocidas del siglo veinte.

En el caso que está siendo analizado, los demandantes no fueron expulsados en razón de su adhesión a un grupo nacional, étnico o religioso. Fueron devueltos a un Estado seguro y no fueron en ningún momento demandantes de asilo, por tanto—en palabras del juez objetor—no hubo un problema de *non-refoulement*. El examen de las solicitudes fue realizado de forma individual. Cada interesado fue identificado en el momento de su llegada a Italia y una vez más por una autoridad consular tunecina, otorgándosele una orden de deportación individual escrita en un idioma que pudiera entender. Fue devuelto a su Estado de origen de acuerdo con un tratado entre los gobierno de Italia y Túnez.

---

[28] In the present case the applicants are healthy young men; they do not allege ill-treatment by the Italian officials, and during their stay they were able to move relatively freely within the Centre: they had access to food and necessary facilities; and their stays in the Centre lasted less than four days. Furthermore, it should be recalled that the applicants' temporary placement in the CSPA was in response to an emergency situation in which an unexpected influx of migrants arrived on an island that lacked the infrastructure to properly accommodate all the newcomers.

[29] International Law Commission Fifty-eighth session Geneva, 1 May-9 June and 3 July 11 August 2006. Expulsion of aliens, Memorandum by the Secretariat [§ 990 *KHAIFIA AND OTHER V. ITALY* (Referred to Grand Chamber 01/02/2016). Application no. 16483/12.]

El segundo juez añadió como objeción la **excesiva suma** exigida a Italia como retribución por los daños ocasionados a las víctimas (demandantes). Monto en su opinión desmedido, tomando como referencia el valor del dinero en el Estado del Mahreb.

4. Crítica

La sentencia Khlaifia establece un precedente relevante a los Estados firmantes: el nivel de protección otorgado por el CEDH no disminuye en momentos en que es más complicado para los Estados respetar plenamente sus obligaciones en materia de derechos humanos. En tiempos de crisis migratoria deben contar con la solidaridad de otros Estados, con el fin de compartir cargas entre los actores. De hecho, será la condición que permitirá a los Estados miembros respetar plenamente los derechos consagrados en la Convención Europea y evitar las condenas de los Estados frente a una extraordinaria presión migratoria.

No obstante, la relación que el Tribunal señala como evidente entre la interdicción de la tortura y el derecho al asilo es, a nuestro juicio, precaria: la primera es de contenido negativo: un no-hacer del Estado, un deber de omitir; mientras que el derecho al asilo es de carácter prestacional y significa un deber positivo de hacer y proveer. Esto lleva a pensar que las condiciones vividas en Europa por la crisis con la que da comienzo los problemas de afluencia de refugiados es una presión adicional para el juicio emitido por el Tribunal. La alarma social que surge a raíz de la foto del niño en la playa, y de otras muchas, alza voces de protesta contra el sistema, y presiona a los organismos a actuar. Así lo señala TORI en el informe citado en la introducción[30]: «Lampedusa y el sur de Italia siguen siendo el prototipo dramático de escenario migratorio, donde las situaciones límite han sido, en muchas ocasiones, extremas. Es aconsejable tener presente que hay dos contextos migratorios, el publicado y el real. En la inmigración publicada es donde prevalecen los estereotipos, la desinformación y la falta de rigor a todos los niveles, principalmente el mediático (…) **frivolizan el problema** (…)»

El analista añade objeciones a la "inmigración real"[31], tales como las carencias estructurales, la burocracia y tardanza legislativa, la entrada de terroristas y criminales, la falta de seguridad y los flujos que han originado la muerte de 13 000 seres humanos. Precisa, en efecto, de **soluciones concretas**. Sin embargo, la relación con la tortura de un problema en sí grave y complicado puede que no resulte sino en una mayor perversidad del sistema: pongamos que los guardacostas italianos, conociendo de las obligaciones que suponen la recogida de barcazas, y la **imposibilidad** de analizar una

[30] Manuel Tori. (2 de enero de 2014). *EL FENÓMENO MIGRATORIO EN ITALIA, UNA CUESTIÓN DE SEGURIDAD*. Instituto Español de Estudios Estratégicos, 03/2014, 15.

[31] «La inmigración real, sin embargo, es la que está protagonizada por el personal competente y responsable de instituciones públicas dinámicas, por las ONG, por los militares de las Fuerzas Armadas implicados en los rescates, por los vecinos de las localidades afectadas, por los inmigrantes, por los médicos, por los niños y por los fiscales que investigan el contrabando de personas que enriquecen a las mafias norteafricanas.»

por una las solicitudes sin caer en la creación de campos míseros de hacinamiento o medidas legislativas precarias, decidiesen mirar hacia otro lado. El resultado sería nefasto, puesto que por no ser acusado con nuevas denuncias, se limitarían a no socorrer en modo alguno a los refugiados. La omisión de socorro sería penada por medio de críticas reiteradas a esta forma de actuar, mas sería en principio más difícil de probar. Con ello queremos decir que la presión social no puede actuar como medida de creación de derechos. La sobrecarga de los Estados soberanos no trae sino consecuencias contraproducentes[32].

Es cierto que el avance en el **Derecho humanitario**[33] es loable[34], y que la catástrofe a la que se enfrenta Europa[35] requiere de medidas rigurosas y enérgicas. También es cierto que la razonabilidad ha de prevalecer en la argumentación, sobre todo considerando la **influencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las legislaciones nacionales**[36] y de la delicadeza con la que se deben tratar estas cuestiones.

Por último, el TEDDHH es un **órgano subsidiario** que ha de dejar al Estado un **margen de apreciación** especialmente amplio en problemas como el presente, siendo la legislación lenta pero eficaz en el caso de la UE a la hora de prevenir y socorrer a los refugiados y demandantes de asilo.

5. Propuestas finales: cómo abordar la crisis de los refugiados

Mientras Europa se enfrenta a una **crisis de identidad grave** derivada de la globalización y de un alto porcentaje de inmigración inesperado e impensable hasta hace unos años; Canadá se conoce por ser un Estado donde la diversidad no solo triunfa y es aceptada, sino que no se cuestiona, es parte de las características más relevantes y distinguidas en su política tanto a nivel interno como externo. La Asociación de PEI

---

[32] Por ejemplo, recordamos el desorden y el horror sufrido en la "Jungla" de Calaïs, o los centros de acogida en Bulgaria, que se encontraron al límite según ACNUR (2013).

[33] El Derecho internacional sobre los refugiados y el Derecho internacional de los derechos humanos

[34] Se observa una proliferación de iniciativas legislativas en el marco de la UE: Reglamento de 1997, modificado en 2003, Reglamento (CE) nº 343/2003 del Consejo, de 18 de febrero de 2003, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país. Refundida mediante el Reglamento (UE) n.o 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013 y aplicable desde el 1 de enero de 2014. Además, el 9 de marzo de 2016, el Consejo aprobó un instrumento de asistencia urgente en la UE. Este mecanismo permitirá a la UE ayudar a Grecia y a otros Estados miembros afectados frente a la difícil situación humanitaria provocada por la crisis migratoria. La ayuda humanitaria de la UE se destina a proporcionar a los refugiados alimentos, cobijo, agua, medicamentos y otros bienes de primera necesidad.

[35] Los Estados miembros de la Unión Europea recibieron en 2015 más de 1,3 millones de peticiones de asilo; más de 4.000 perdieron la vida intentando atravesar el Mediterráneo.

[36] Art. 10.2CE "Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España."

(Isla Príncipe Eduardo, por sus siglas en inglés) para recién llegados a Canadá anuncia en su página oficial: "Algunos ejemplos del apoyo oficial de Canadá al **multiculturalismo y la diversidad**: el gobierno de Canadá financia programas y proyectos que promueven el multiculturalismo; los policías y militares pueden usar un turbante como parte del uniforme si su religión requiere que lo usen; Michaëlle Jean, quien nació en Haití y emigró a Canadá con su familia como refugiada cuando era una niña, sirvió como gobernadora general de Canadá".

Las **diferencias** entre Canadá y la UE son evidentes: tanto el pasado histórico como la posición geoestratégica impide realizar una comparación lógica o justa. Asimismo, se debe recordar que la inmigración y el asilo, aunque relacionados, no son términos equivalentes. Teniendo en cuenta esto, sí resulta interesante el caso del Estado americano a la hora de tomar ejemplo para ciertos proyectos legislativos en Europa.

El gobierno canadiense fomenta en la **educación** asignaturas sobre el multiculturalismo, inculcando el respeto desde el colegio de forma sólida y respaldada por padres convencidos. Se contrasta con los Estados que conforman la Unión Europea: el lema "unidos en la diversidad" es desconocido para muchos[37], el terrorismo ha introducido un nuevo miedo, en relación con la xenofobia, y razones para desconfiar de políticas abiertas a la inmigración.

En cuanto al **asilo** en Canadá, en virtud de un acuerdo con Estados Unidos, (Safe Third Country Agreement) un refugiado debe solicitarlo en el primer país seguro al que llegue, si una persona llega a Canadá a través de la frontera con Estados Unidos, **no puede** pedir asilo en en Canadá. Entre enero y febrero de 2017, un total de 5.520 personas solicitaron refugio en Canadá de todas las formas posibles, directamente en una oficina de inmigración, en aeropuertos o cruzando la frontera de forma ilegal[38]. A pesar de este aumento en las cifras respecto al 2016, Canadá no parece poner mayores obstáculos, y no se ha hablado de quejas en la OEA[39] o de peticiones de auxilio y colaboración por parte de otros Estados.

Una de las claves para comprender esta particularidad es el siguiente dato: casi el **22 % de la población** canadiense es inmigrante, en concreto, un 21,9% según sus autoridades (oct. 2017). En total, 7,5 millones de canadienses nacieron fuera del país y llegaron a Canadá a través del proceso migratorio, según las cifras que publicó el organismo público Estadísticas Canadá (EC). 1,2 millones son nuevos inmigrantes que llegaron a Canadá entre 2011 y 2016.

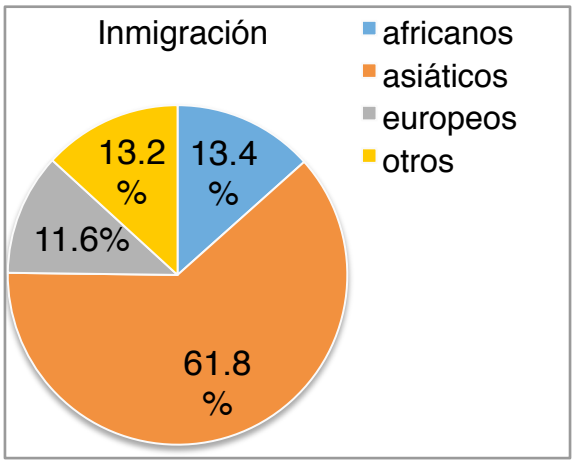
---

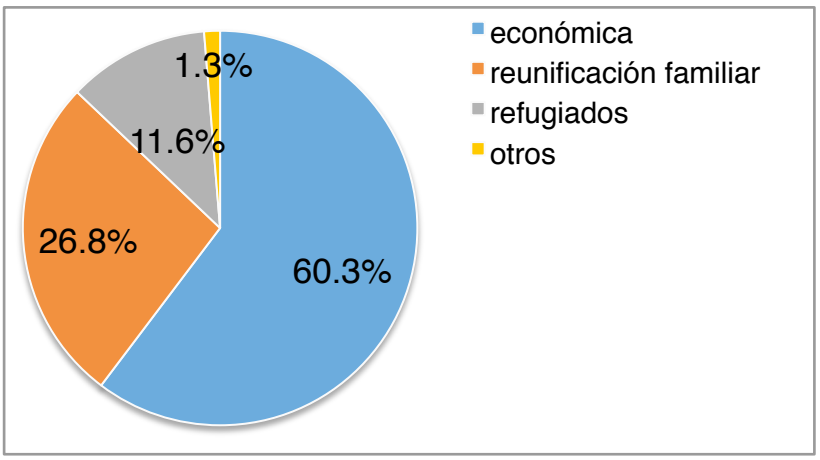
[37] Leer al respecto: Bonciu, F. (2015). Rethinking the European Union: From Unity in Diversity to Diversity in Unity. *Romanian J. Eur. Aff.*, *15*, 5. y Constantin, E. C. (2012). Unity and diversity in European culture. *Professional Communication and Translation Studies*, *5*, 1.

[38] Según el CBSA (Canada Border Service Agency)

[39] Organización de los Estados Americanos: organismo en el que se encuentran representados los 33 Estados americanos.

A continuación se nos plantean dos preguntas: **¿cómo es la legislación canadiense? ¿Por qué resulta más efectiva, al menos aparentemente, a las sucesivas directivas europeas?**[40]





Categorías de inmigrantes (2017) *Fuente: elaboración propia con información de la Agencia EFE*

Después de 1947, la ley de inmigración nacional canadiense pasó por numerosos cambios importantes, sobre todo con la Ley de Inmigración de 1976, y la actual Ley de Inmigración y Protección de Refugiados de Canadá de 2002. Canadá cuenta con un extenso compendio de leyes y programas que regulan la inmigración. La IRPA[41], por sus siglas en inglés, es la base fundamental del sistema de inmigración. Este presenta un régimen migratorio de dos vías: el primero para personas que vienen al país temporalmente para realizar ciertas actividades de tiempo limitado, y el segundo para personas que desean establecerse en Canadá permanentemente.

En Canadá hay cuatro **categorías de inmigrantes**: inmigrantes con relación familiar (estrechamente relacionado con las personas canadienses que viven en Canadá), los inmigrantes económicos (los trabajadores y gente de negocios), otros (personas aceptadas como inmigrantes por razones humanitarias o de compasión) y los refugiados (personas que escapan de situaciones de persecución, tortura o riesgo para su vida). El sistema migratorio reconoce dos clases de refugiados: 1) personas reclamando protección desde dentro del país y 2) buscando protección desde fuera de Canadá. A través de ambos programas, Canadá acepta generalmente a más de 25.000 refugiados por año. Se puede solicitar la protección de refugiado en un puerto de entrada o en cualquier oficina de "Ciudadanía e Inmigración Canadá[42]. Una vez que se decida que el peticionario es elegible para ser referido, su petición es enviada a la "Junta de

[40] http://www.migracionoea.org/index.php/es/indice-general-2012/33-sicremi/publicacion-2012/paises-es/406-canada-marco-normativo-que-regula-la-migracion-internacional.html
[41] Se convirtió en ley el 28 de junio de 2002
[42] Citizenship and Immigration Canada o CIC

Inmigración y Refugio"[43] para que se tome una decisión sobre la misma. Dichas "personas protegidas" pueden solicitar la residencia permanente dentro de Canadá. Para **facilitar la reagrupación familiar**, las solicitudes de residencia permanente para los miembros de la familia son **procesadas al mismo tiempo** junto con la solicitud de la persona protegida en Canadá.

Actualmente Canadá es conocido como un país con una política de inmigración amplia que se refleja en su **diversidad étnica**: es un mosaico social compuesto por 34 grupos étnicos con al menos cien mil miembros cada uno, de los cuales 10 grupos tienen más de 1.000.000 de personas. El 16,2% de la población pertenece a minorías visibles: entre estos los grupos más numerosos son el de Asia Meridional (4,0% de la población), chino (3,9%), negro (2,5%), y filipino (1,1%).[44]

Resumiendo, Canadá ofrece las siguientes **alternativas**:

-Promoción de la diversidad y del multiculturalismo, sin olvidar la identidad propia. Ámbitos afectados incluyen tanto la educación como la conciencia social, el debate abierto y sincero entre los ciudadanos.

-Simplificación burocrática: una sola Ley agrupa al conjunto de inmigrantes.

-Facilitar la reagrupación familiar: se procesa al mismo tiempo la solicitud de residencia permanente y la solicitud de asilo.

-El gobierno canadiense y su población destacan con orgullo su diversa composición poblacional, la consideran parte de su historia e identidad. Europa debe acercarse a este modelo, sin esconder sus valores cristianos, que promueven la tolerancia, el respeto, el cuidado y acogida del que sufre y necesita ayuda.

Conclusión

En 2015, Italia fue condenada una vez más por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia Khlaifia y otros v. Italia por detención ilegal y contravención del principio de *non-refoulement*. En el contexto actual de crisis europea en la gestión de los flujos de refugiados por las instituciones de la UE y sus Estados miembros, resulta relevante analizar el derecho al asilo desde la perspectiva de la creación del espacio de libertad, seguridad y justicia por parte de la Unión Europea. Observamos así cómo el camino recorrido ha sido largo, pero se ha llegado a un progreso real; no solo por medio de la proliferación de normas europeas, sino por su efectividad a la hora de aplicarse sobre el escenario, llevando a una mejora tecnológica de sistemas informáticos, a una colaboración y compromiso sincero entre Estados, y a una mayor rapidez en la selección y tramitación de solicitudes. Por otra parte, la sentencia muestra la visión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el modo de afrontar el problema. La insuficiencia evidente de los Estados lleva a la denuncia frente a organismos jurisdiccionales supranacionales, que, obviando el margen nacional de

[43] Immigration and Refugee Board o IRB
[44] Según el censo de 2001 publicado por Statistics Canada

apreciación, en el presente caso realizan una crítica contra Italia y su deber de asegurar condiciones dignas en los establecimientos de recogida, aun cuando existan afluencias masivas y una aparente imposibilidad fáctica de lograrlo.

La breve digresión narrativa final, haciendo alusión a Canadá como modo de ejemplificar otro tratamiento de la crisis, arroja luz sobre cómo podrían facilitar la situación políticas internas de carácter esencialmente nacional, que las que cortes internacionales podrían entrar a valorar, pudiendo sus *informes* y *consultas* ser suficientes a la hora de mostrar firmeza y resolución para afrontar la problemática de forma adecuada.

El fallo de la sentencia no avanza en ninguno de los objetivos ("alternativas") propuestos; ni insta a Italia a tomar medidas eficaces para reintegrar a los refugiados en la población, ni a aligerar las solicitudes de asilo. Por el contrario, se limita a alarmarse de la actuación de Italia, identificándola como tortura y marcando así una línea difícilmente rectificable: la denuncia de las condiciones inadecuadas como queja justa frente al sistema precario de los Estados. En lugar de una colaboración refugiado-Estado, se quiebra un posible acercamiento, en detrimento del lema "unidos en la diversidad", y alejándose de la consecución efectiva de un trato del refugiado similar al nacional.

Bibliografía y fuentes de consulta

Alguacil González-Aurioles, J. (octubre 2011). *Ponderación, proporcionalidad y margen de apreciación en la jurisdicción europea de los derechos*. (RI §410957). *Iustel.com, Revista General de Derecho Europeo, nº 25*. Retrieved from http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=410957&d=1

Agencia EFE. (2017, October 25). *El 22 % de la población canadiense es inmigrante*. Consultado el 3 de enero de 2018, en línea https://www.efe.com/efe/america/sociedad/casi-el-22-de-la-poblacion-canadiense-es-inmigrante/20000013-3419085

Aliev v. Turkey, no. 30518/11, § 81, 21 October 2014

Annual Immigration by Category, Citizenship and Immigration Canada. Consultado en octubre de 2017.

Annual Report to Parliament on Immigration, 2011

Bou Franch, V. (2014). *Introducción al Derecho de la Unión Europea*, Thomson-Reuters Civitas.

Brega v. Moldova, no. 52100/08, § 42-43, 20. ECHR. April 2010

Bonciu, F. (2015). Rethinking the European Union: From Unity in Diversity to Diversity in Unity. *Romanian J. Eur. Aff.*, *15*, 5.

Burzo v. Romania, no. 75240/01, § 99-100, 4 March 2008

Hirsi Jamaa y otros contra Italia, asunto no 27765/09. TEDH. Sentencia de 23 de febrero 2012. Disponible en http://www.asylumlawdatabase.eu/en/content/ecthr-hirsi-jamaa-and-others-v- italy-gc-application-no-2776509 .

Khaifia and other v. Italy (Referred to Grand Chamber 01/02/2016). Application no. 16483/12. Read the Case online http://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2016/07/Corte-EDU-01.09.2015-Khlaifia-e-altri-c.-Italia-n.-1648312.pdf

CBSA, Official database

Citizenship and Immigration Canada, Facts and Figures. Citizenship and Immigration Canada. 2010.

Consejo Económico y Social España www.ces.es/documents/10180/4409221/Cauces_33_pp37-47.pdf

Constantin, E. C. (2012). Unity and diversity in European culture. *Professional Communication and Translation Studies*, *5*, 1.

Díez Moreno, F. (2009). *Manual de Derecho de la Unión Europea,* Thomson-Civitas, Pamplona, (5 ed.)

Espada, C. G., José, C. H., & Jorge, P. L. (2015). *La Unión Europea y su derecho*. Madrid: Trotta.

García Andrade, P. (mayo 2012). La responsabilidad de examinar una solicitud de asilo en la UE y el respeto de los derechos fundamentales: comentario a la Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2011 en los asuntos N.S. y M.E y otros. RI §412071. *Iustel.com, Revista General de Derecho Europeo, nº 27*. Retrieved from http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=412071

Gavrilovici v. Moldova, no. 25464/05, § 42-44, 15 December 2009

Hall, D. J. (1977). *Clifford Sifton: Immigration and Settlement Policy, 1896-1905*.

Informe del Defensor del Pueblo. (Junio 2016). *Estudio sobre el asilo en España: La protección internacional y los recursos del sistema de acogida*, 103. Noviembre 2017, De https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2016/07/Asilo_en_España_2016.pdf

International Law Commission Fifty-eighth session Geneva, 1 May-9 June and 3 July 11 August 2006. Expulsion of aliens, Memorandum by the Secretariat

iustel.com, Derecho de la Unión Europea

Koktysh v. Ukraine, no. 43707/07, § 93-95, 10 December 2009

López Jacoiste, E. (2016). *La Unión Europea ante los combatientes terroristas extranjeros*. Revista de Estudios Europeos n. 67, enero-junio, 2016, 47-71 ISSN: 1132/7170. http://www.ree-uva.es/

Mangas Martín, A. (2012). *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. Tecnos, Madrid (7 ed.)

Manuel Tori. (2 de enero de 2014). *El fenómeno migratorio en Italia, una cuestión de seguridad*. Instituto Español de Estudios Estratégicos, 03/2014, 15.

Marengoni, V. (2016). *El desplazamiento de personas: refugiados y el principio de non refoulement* [proyecto de fin de máster]. In http://reunir.unir.net/bitstream/handle/123456789/4844/Valeria%20Marengoni.pdf?sequence=1. Noviembre, 2017.

Neshkov and Others v. Bulgaria, nos. 36925/10, 21487/12, 72893/12, 73196/12, 77718/12 and 9717/13, § 198, 27 January 2015

Parascineti v. Romania, no. 32060/05, § 53-55, 13 March 2012

Peers, S., & Zirulia, S. *EU Law Analysis*. Retrieved November 23, 2017, from http://eulawanalysis.blogspot.com.es/search?q=Khlaifia%2Bv.Italy

http://www.peianc.com/content/lang/es/page/guide_culture_multi

REGLAMENTO (UE) N º 604/2013 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 26 de junio de 2013 http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32013R0604&qid=1442190373681&from=ES

Sharifi and Others v Italy and Greece, Application No. 16643/09

Statistics Canada

T and A. v. Turkey, no. 47146/11, § 95-99, 21 October 2014