

EXCURSUS HISTÓRICO Y CUADRO NORMATIVO ACTUAL: DERECHO DE ASILO Y STATUS DE REFUGIADO

DI NITTO, CLAUDIA

EXCURSUS HISTÓRICO Y CUADRO NORMATIVO ACTUAL: DERECHO DE ASILO Y STATUS DE
REFUGIADO

Vergentis. Revista de Investigación de la Cátedra Internacional Conjunta Inocencio III, vol. 1, núm. 11, 2020
Universidad Católica San Antonio de Murcia, España

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=564769241009>



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional.

EXCURSUS HISTÓRICO Y CUADRO NORMATIVO ACTUAL: DERECHO DE ASILO Y STATUS DE REFUGIADO

Historical Excursus and current normative framework: right of asylum and refugee status

CLAUDIA DI NITTO dinittoclaudia@gmail.com
Universidad Católica San Antonio de Murcia, España

Vergentis. Revista de Investigación de la Cátedra Internacional Conjunta Inocencio III, vol. 1, núm. 11, 2020

Universidad Católica San Antonio de Murcia, España

Recepción: 31 Julio 2020
Aprobación: 05 Octubre 2020

Redalyc: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=564769241009>

Resumen: Las temáticas migratorias han conllevado un necesario trabajo de profundización, no sólo desde el punto de vista humano, sino también respecto a la disciplina jurídica. El asilo, término de origen griego ἄσυλον (ιερόν), literalmente significa sin captura; en la terminología latina *asylum* indica un templo donde no hay derecho de captura y está estrechamente vinculado con el Instituto de la Hospitalidad, definida por los Romanos *Hospitium Publicum* (una de las primeras formas de hospitalidades públicas). El asilo y el status de refugiado representan, por lo tanto, dos instituciones que se remontan a la edad greco-romana y que serán profundizadas jurídicamente a partir de los orígenes y en sus aplicaciones prácticas. Se analizarán después las diferentes interpretaciones respecto a la disciplina que se han desarrollado en la historia moderna y contemporánea y, además, se observará cómo éstas han sido finalmente reinterpretadas en consecuencia desde el Primer y el Segundo Conflicto Mundial y desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

Palabras clave: Migración, Asilo, Refugiado, Hospitalidad, Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, Convención de Ginebra sobre los refugiados de 1951.

Abstract: The migratory issues need to be deepened, not only from the human point of view, but also with regard to legal discipline. Asylum, a term of Greek origin ἄσυλον (ιερόν), literally means without capture; in the Latin terminology *asylum* indicates a temple where there is no right of capture and is strictly bound to the Institute of Hospitality, defined by the Romans *Hospitium Publicum* (one of the first forms of public hospitality). Asylum and refugee status represent, therefore, two institutions that go back to the Greco-Roman age and that will be deepened juridically from the origins and their practical applications. The different interpretations regarding the discipline that have been developed in modern and contemporary history will be analyzed later, and in addition, it will be observed how these have finally been reinterpreted since the First and the Second World Conflicts and moreover since the Universal Declaration of Human Rights of 1948.

Keywords: Migration, Asylum, Refugee, Hospitality, Universal Declaration of Human Rights of 1948, Geneva Convention on Refugees of 1951.

1. INTRODUCCIÓN. MOVILIDAD INTERNACIONAL Y SUS EVOLUCIONES

La movilidad a nivel internacional se afirma como elemento típico de nuestro tiempo, involucrando en el fenómeno global a millones de personas y causando consecuencias inevitables en la protección jurídica de sus derechos y de la dignidad humana.

Sin embargo, el fenómeno de la migración ciertamente no es nuevo, pertenece a una realidad secular, que hoy en día ha asumido dimensiones casi “bíblicas” y que, en muchos casos, ha derivado en consecuencias de violencia, sufrimientos inauditos y muertes dramáticas.

De hecho, individuos o poblaciones enteras de todo el mundo se han visto obligados a huir de las persecuciones que se les han infligido.

Son muchos los motivos que pueden llevar a una persona a trasladarse de un país a otro. Se puede tratar de motivos laborales o económicos, o bien de factores profesionales, y en este último contexto se pueden distinguir, por una parte, las migraciones determinadas por la subsistencia como necesidad existencial (subsistence migration)¹.

Otras situaciones se relacionan con la pobreza extrema y con la absoluta carencia de perspectivas o con regímenes políticos totalitarios en los cuales la vida de los opositores puede estar en peligro, motivando de tal manera dichos movimientos migratorios.

En la actualidad hay decenas de miles de migrantes² y refugiados políticos procedentes de África que llegan arriesgando la vida a nuestras costas o que, desde los territorios del Oriente Medio, a través de las regiones de Europa del Este, intentan trasladarse al corazón de Europa. Ellos son los sujetos sobre los cuales la legislación europea ha tratado durante décadas, pero que, dadas las dimensiones que ha adquirido el problema, en los últimos tiempos ha obligado a los diferentes gobiernos nacionales involucrados y a las organizaciones internacionales a estudiar nuevas intervenciones legislativas inexploradas.

Por lo tanto, sobre la base de estas reflexiones, fue necesario un trabajo de profundización, tanto desde el punto de vista humano, como desde la disciplina jurídica para definir la peculiaridad de la situación actual con respecto a las del pasado.

Se ha analizado la evolución del concepto de asilo desde la antigüedad hasta hoy en su aplicación jurídica, según el derecho internacional tradicional y las normas que se desarrollan en el ámbito del mismo a través las Constituciones y las leyes de los Estados soberanos, hasta llegar a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 en su artículo 14.1, la Convención de Ginebra sobre el status de refugiados de 1951 junto al protocolo de Nueva York de 1967 en el cual han encontrado aplicación las normas concernientes el asilo.

2. ORIGEN DEL CONCEPTO DE ASILO Y SUS APPLICACIONES PRACTICAS

El origen del concepto de asilo se remonta por lo menos a 3.500 años³, pero viene adquirido y aceptado plenamente en la antigua Grecia. “Asilo”⁴ del griego: ásulon (ἀσυλον), que literalmente significa “sin captura”⁵, es compuesto por a privativo y por sulon (quitar) y en las fuentes clásicas ha adquirido dos significados diferentes:

- a) privilegio concedido a determinadas personas: el asylia, venía concedido al sujeto que se encontraba en una Ciudad-Estado

diferente de aquella de procedencia. Los gobernantes reconocían al individuo determinadas garantías que impedían la violación del mismo y también de sus bienes. Por ejemplo, a los atletas se concedía la inmunidad durante todo el viaje que tenían que enfrentar para moverse hacia el sitio en el cual se desarrollaban los juegos y la misma inmunidad se garantizaba también a los embajadores⁶;

- b) el concedido a determinados lugares sagrados, como los templos, que ofrecían refugio a cualquier persona pudiera entrar, aplicando el valor sagrado de la hospitalidad a los hombres perseguidos (elemento subjetivo) acogiéndolos en determinados lugares sagrados e inviolables (elemento objetivo).

Se encuentran en el curso de la historia diferentes referencias. Un rey hitita, concluyendo un tratado con el soberano de otro país, declara: “Por aquel que concierne los refugiados, afirmo bajo juramento cuanto sigue: cuando vendrá un refugiado desde el vuestro país hasta el mío, no será devuelto a vosotros. Rechazar un refugiado de la tierra de los Hititas no es justo”⁷.

En el siglo XIV a.C. un rey hitita, Urhi-Teshup⁸, que había sido depuesto por su tío, encuentra refugio bajo la protección del faraón egipcio, Ramsete II;

En el Siglo VII a.C., un rey asirio, Asurbanipal, hace referencia a un refugiado que viene de la tierra de Elam, “que agarró mis pies reales”, lo que significaba que había pedido y obtenido asilo⁹.

Según el pensamiento de Platón, en el diálogo las Leyes¹⁰ del V sec. a.C. se habla de la importancia de la hospitalidad, atribuyéndole una visión sagrada y en consecuencia aplicando la sacralidad del asilo al anfitrión extranjero, hombre “aislado de sus compatriotas y de sus parientes”¹¹, recordando que la denominación de los lugares de asilo está también a la base de las prescripciones bíblicas, con valor de “normas de derecho”.

Si se observan las Sagradas Escrituras se encuentran las primeras referencias al asilo; en el Antiguo Testamento¹² y en el Nuevo Testamento el asilo tiene un significado relacionado con el sentido de la acogida y protección hacia el extranjero. De hecho, en el Antiguo Testamento la ciudad viene indicada como “refugio”, en el “Libro de los Números”.

En la terminología latina *asylum* -templo donde no hay derecho de captura- estaba estrechamente conectado con el instituto de hospitalidad definido por los Romanos *Hospitium Publicum*, como una de las primeras formas de hospitalidad pública.

En la literatura latina sobre el término “Asilo” reporta Livio (1,8,5-6):

“con el propósito de aumentar la población de la nueva ciudad fundada de él, abrió un lugar de refugio en el área entre los dos picos de la colina Capitolina donde pudieron encontrar protección los exiliados de lugares cercanos, habían sido ellos libres o esclavos fugitivos: un Asylum en un hundimiento inter duos lucos, considerado tal vez en sí mismo un bosque, aire -dice Livio- en su tiempo cercada y cerrada”¹³.

Como ya mencionado, el asilo en la antigüedad estaba fundado sobre el principio de la hospitalidad; se habla de *Hospitium Publicum*, que sin embargo es diferente de la hospitalidad por fines y exterioridad¹⁴.

La hospitalidad, por lo tanto, era generalmente constituida por la relación establecida entre los miembros de una asociación política y el extranjero que iba hacia el territorio que le pertenecía. La relación que se formó, que no era exclusivamente de carácter privado, fue de duración provisional y la permanencia del extranjero en el territorio preveía obligaciones que ambas partes tenían que aceptar y respetar. Gracias a la protección que se le ofreció, el extranjero podía disfrutar de algunos derechos que de otro modo hubieran sido negados por el derecho civil de la época.

En cuanto a la exterioridad, el asilo no se basaba ni en pactos ni mucho menos en tratados, porque la relación que transcurría entre el Estado de acogida y los extranjeros era suficiente para sí misma.

A diferencia de la hospitalidad, el asilo tenía como objetivo acoger a los extranjeros en la asociación política del territorio que los recibía para asegurar que se establecieran permanentemente en ese territorio, separándose, así, de las asociaciones políticas de origen.

Las relaciones que en consecuencia produjera el asilo fueron muy similares a las desarrolladas por el hospicio y la confirmación nos viene de Vico, quien definió los asilos como los primeros hospicios. Por lo tanto, podemos decir que el instituto del asilo tiene orígenes más remotos que la hospitalidad; y que cuando se establecieron las sociedades antiguas, los núcleos territoriales comenzaron a desarrollarse con confines bien definidos, comparables con los Estados modernos, en los que los gobernantes establecieron disposiciones para los refugiados de otros territorios.

El instituto del asilo, en la tradición judía¹⁵, griega y romana, como hemos observado fue definido como un valor sagrado de la hospitalidad¹⁶.

En los siglos incluidos entre la Edad Media y mediados del siglo XIX, sigue asociándose al instituto del asilo la protección garantizada a las personas perseguidas por múltiples causas como la religión, tanto que en la tradición cristiana las iglesias y los conventos representaban el refugio de aquellos que querían evadir el arresto y el encarcelamiento pidiendo protección divina, por este motivo cada fiel tenía como misión, acoger y otorgar asilo, deber que no encontraba ni obstáculos ni tampoco límites¹⁷. De hecho, el can. 1179¹⁸ preveía: “*Ecclesia iure asyli gaudet ita ut rei, qui ad illam configurerint, inde non sint extrahendi, nisi necessitas urgeat, sine assensu Ordinarii, vel saltem rectoris ecclesiae*”.

Lo sagrado se convirtió en un espacio inviolable y no profanable, se pedía protección a una justicia evangélica frente a violencias, vindictas y arbitrariedad seculares.

La acogida convenida por los religiosos, así como la respuesta a los sentimientos de caridad cristiana, fue también una forma de afirmar la soberanía y los privilegios de las instituciones eclesiásticas frente al poder temporal, hasta llegar a la era moderna, en la cual, con el aumento del

poder de la monarquía, el derecho de otorgar asilo se convirtió cada vez más en la prerrogativa del estado.

Con el desarrollo de los Estados Nacionales soberanos, la institución del asilo cambió radicalmente y se convirtió en un instrumento para afirmar la identidad del Estado transformando el concepto de asilo religioso, que involucraba el “privilegio del santuario”¹⁹, en asilo de tipo político, perdiendo así totalmente su origen religioso, desarrollando otra forma de asilo que se podría definir territorial²⁰, de esta manera permitía al sujeto que pasaba por aquel estado salvarse de los perseguidores.

En este caso encontramos la figura del asilo definida como un instrumento político por parte del estado que acogía el sujeto, y ya no como una acción para salvaguardar el interés de las personas como posteriormente se enunciaba en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 en su artículo 14.1²¹.

3. DERECHO DE ASILO Y STATUS DE REFUGIADO ENTRE LAS DOS GUERRAS

El asilo, que hasta la mitad del 1700 era identificado exclusivamente como refugio y acogida de exiliados escapados de las persecuciones religiosas (por ejemplo, a favor de algunos protestantes quienes, durante la Revolución Francesa se habían visto obligados a huir sucesivamente a la revocación del Edicto de Nantes del 1598) se convirtió el concepto de asilo religioso se convierte en asilo político.

La base del concepto moderno de asilo se encuentra recogido en el texto de la Constitución Republicana de 1793 (que nunca entró en vigor) y se exponía en el artículo 120: “el pueblo francés da asilo a los extranjeros expulsados de su patria por la causa de la libertad, y no a los tiranos”. A pesar de no haber sido aplicada, dicha disposición determinó la afirmación del carácter laico-político del asilo.

El estado actual en materia de asilo y refugiados es el resultado de un proceso que comienza después del Primer Conflicto Mundial.

El 26 de febrero de 1921, el Consejo de la Sociedad de las Naciones aprobó la primera resolución sobre los refugiados y, el 27 de junio de 1921, hubo una propuesta para constituir un Alto Comisario para los Refugiados, encabezado por Fridtjof Nansen, premio Nobel de la paz en el 1922. El papel del Alto Comisario fue muy importante en el período entre las dos guerras mundiales, ya que desde 1921 hasta 1929 se ocupó no solamente de los problemas humanitarios, sino también de las situaciones particulares relacionadas con algunas de las poblaciones expuestas a peligros (rusos, armenios y griegos). De igual manera, se encargó no solo de las cuestiones humanitarias sino también de las “repatriaciones de 450.000 prisioneros de guerra desde la Rusia central y de la Siberia”²².

En el mismo período se desarrolló el primer ejemplo de un documento de viaje internacional: “El pasaporte Nansen”, adoptado el 5 de julio de 1922 y reconocido por 52 países. Era un documento de viaje e identidad, que le otorgó al refugiado el derecho a abandonar el País de primera

recepción que lo había emitido, pero sobre todo a poder regresar, teniendo así la oportunidad de establecerse en el país de su elección. Posteriormente se estipularon dos acuerdos en el '28, que eran simples recomendaciones para los refugiados con respecto al status civil, status personal y la exención de reciprocidad. Cabe decir que estos acuerdos estaban limitados, porque se dirigían exclusivamente a rusos y armenios.

Dado que la necesidad de una regulación específica del tema era urgente, el 2 de octubre de 1933 se adoptó la primera Convención internacional sobre el status de refugiado, en el que se reanudaron las principales garantías otorgadas en el documento de 1928 y se anunciaaba el principio de no devolución de refugiados en las fronteras.

A pesar de este paso adelante, seguían existiendo importantes limitaciones, como la ya mencionada reducción del alcance de la Convención solo para los rusos y los armenios.

Después de la muerte de Nansen, se estableció una organización que lleva su nombre ("Oficina Nansen") para gestionar la nueva ola de refugiados, pero es después de la Segunda Guerra Mundial cuando se desarrolla la definición de "refugiados" debido al gran flujo de personas, que no acaso ha sido definido el más grande éxodo de la historia moderna, y que se produjo en los últimos años del conflicto e inmediatamente después de su conclusión.

Otras Convenciones²³ en las cuales se trata del tema de los refugiados son:

"La Convención de 28 de octubre de 1933 concerniente los refugiados españoles: los sujetos que han poseído o poseen exclusivamente la nacionalidad española, y que de iure o de facto no gozan de la protección del Gobierno español; La Convención de 10 de febrero de 1938: sobre los refugiados procedentes de la Alemania: a) sujetos que han poseído o poseen la nacionalidad alemana y que no están en posesión de otra nacionalidad y que de iure o de facto no gozan de la protección del Gobierno alemán, b) los apátridas que no teniendo la protección de las antecedentes Convenciones o Acuerdos, después de haber vivido un tiempo en aquel territorio, han abandonado Alemania y que de iure o de facto no gozan de la protección del Gobierno alemán; La Convención de 14 de septiembre de 1939: que trataba de los refugiado procedente de Austria, víctimas de persecuciones nazistas, a) que poseen la nacionalidad austriaca, que poseen exclusivamente la nacionalidad alemana y que de iure o de facto, no gozan de la protección del Gobierno alemán, b) apátridas que no teniendo protección de las Convenciones o Acuerdos, que dejando los territorios que antes apartarían al Austria después de haber vivido un tiempo en aquel territorio y que de iure o de facto no gozan de la protección del Gobierno alemán".

Como se puede observar del testo, estas Convenciones eran limitantes porque se aplicaban exclusivamente a los sujetos que pertenecían a determinadas Países: España, Alemania, y Austria.

4. EL CUADRO NORMATIVO INTERNACIONAL

Con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, el asilo se convierte en un derecho fundamental, consagrado en el artículo 14 de la Convención: "el derecho de toda persona «a buscar y disfrutar de asilo en otros países de la persecución»". El régimen internacional en

materia de protección de los refugiados se llevó a cabo a nivel jurídico por la Convención de Ginebra de 1951, en su artículo 1A²⁴.

Es necesario no olvidar el nacimiento de la UNRRA (United Nations Rehabilitation Relief Agency) y del IRO (International Refugee Organization), ocurrido en 1947, porque marcó un pasaje importante en el excursus que estamos siguiendo.

La UNRRA²⁵ fue de gran ayuda para los prisioneros de guerra y para categorías específicas de refugiados y, a pesar de tener un mandato limitado, fue la primera organización internacional que se ocupó plenamente del fenómeno de los refugiados, sustituida por la IRO²⁶, con un mandato temporal, a pesar de haber fomentado la repatriación de 73.000 personas y la reintegración de más de un millón, se hizo cargo de los refugiados que entraron antes del 1 de octubre de 1950, cesando con su mandato en 1952, cuando al mismo tiempo ya se había creado el actual UNHCR (Alto Comisariado de las Naciones Unidas para los Refugiados), establecido en 1949 y adoptado el 14 de diciembre de 1950. El Alto Comisariado tenía un mandato limitado inicialmente a tres años, pero más tarde se amplió a 5, y en la actualidad está sujeto a renovación cada 5 años. El objetivo es ayudar a restaurar a millones de refugiados europeos. En la actualidad el UNHCR (Alto Comisariado de las Naciones Unidas para los Refugiados) es uno de los principales organismos humanitarios del mundo, con dos objetivos: 1) Proporcionar protección internacional a los refugiados 2) Buscar soluciones permanentes al problema de los refugiados.

De hecho, la definición de refugiado, presente en el estatuto, define quiénes son los refugiados que entran en la competencia de la organización: - aquellos que fueron considerados por los Convenios anteriores y de acuerdo con el Estatuto de la IRO, - aquellos que, por causas de acontecimientos que ocurrieron antes del 1ro de enero de 1951, habían fundado temores de persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad y opinión política, todas las personas que se encontraban en las condiciones consagradas en el artículo 6A²⁷ del Estatuto de la Oficina del Alto Comisariado de las Naciones Unidas para los refugiados, pero sin ninguna limitación temporal. Según el artículo 1F²⁸ y 33.2²⁹ de la sobredicha Convención de Ginebra, no se concederá asilo a quien se encuentra comprendidos en algunos de los supuestos previstos en estos artículos³⁰.

Es evidente que, haciendo una comparación con los objetivos presentes en las antecedentes Convenciones, ya no están presentes criterios limitantes de carácter geográfico, étnico o cronológico, por lo que la institución de refugiados adquiere un alcance universal.

Sin embargo, el fenómeno de los refugiados ha evolucionado, ya que millones de personas están experimentando situaciones personales similares sin caer en esta definición. De este modo, se llevó a cabo una extensión del mandato a través de la introducción de los “buenos oficios” del Alto Comisario de conformidad con el artículo 1 del Estatuto, en el que se invita a buscar soluciones duraderas y, el artículo 9, con el cual El

Alto Comisario se compromete a realizar actividades adicionales, como la repatriación, para adaptarse correctamente a las condiciones actuales.

Por el momento la organización presta ayuda por motivos humanitarios. Además de la capacidad de soportar la crisis, las actividades también se han extendido a la prevención, a través de un sistema de “early warning” que permite predecir posibles crisis y resolverlas de antemano.

Al analizar la Convención de Ginebra de 1951 y el posterior Protocolo de Nueva York de 1967, se observa que eliminaron los límites temporales y geográficos impuestos por la Convención en la definición de refugiado, así también su aplicabilidad ya que habían adquirido tal status “como resultado de los eventos ocurridos antes del 1 de enero de 1951”, y la discrecionalidad que permitió a los Estados limitar la competencia de la Convención a los refugiados convertidos en tales después de los eventos ocurridos en Europa. La Convención se define en cualquier caso como el primer acuerdo internacional en materia de refugiados.

Actualmente forman parte del Protocolo de Nueva York de 1967, ciento cuarenta y seis Estados. Por lo tanto, se puede decir que desde 1951 hasta hoy, 3 datos fundamentales han permanecido invariados: 1) Las razones que hacen que una persona tenga derecho al estado de refugiado según la Convención de Ginebra de 1951 (art. 1); 2) El abandono del País de origen o residencia habitual; 3) La condición de apátrida de facto. Podemos decir que la Convención sin duda tiene como objetivo garantizar el ejercicio de la libertad de expresión y de opinión consagradas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) y los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de 1966.

Uno de los principios importantes consolidados en la Convención de Ginebra se establece en el Artículo 33: prohibición de devolución (non-refoulement) que hoy se considera un principio de derecho internacional consuetudinario y está universalmente reconocido también en la Declaración de la ONU sobre el asilo territorial del 1967.

En las conclusiones del UNHCR³¹ de la mesa redonda sobre el non-refoulement celebrada en 2007, se afirma que la prohibición de expulsión se aplica tanto a los que han obtenido el status de refugiado como a los que esperan obtenerlo.

La importancia del principio también se menciona en el artículo (42.1 reservas³²) de la Convención de Ginebra, que al acto de la ratificación establece que los Estados contratantes pueden poner reserva, excepto algunos artículos entre ellos se encuentra el artículo³³.

En cualquier caso, nunca debemos olvidar que la ausencia de la condición de refugiado es un antecedente a cualquier definición establecida en las Convenciones, porque el refugiado lo es, incluso antes de ser reconocido y, por lo tanto, debe ser tratado como tal, especialmente en la evaluación de hechos, y luego definir jurídicamente el status en el que se encuentra.

En el año 2004, el Consejo Europeo examinó un conjunto de propuestas sobre la repatriación de ciudadanos de terceros Países llegando después a la adopción de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento y el Consejo denominada “Directiva de repatriación”, cuyo objetivo es

instituir una política de repatriación efectiva que garantice la remoción y repatriación de los ciudadanos de terceros países que se encuentran irregularmente en el Estado, a través de regímenes ecuos y procedimientos transparentes para respetar el principio de non-refoulement.

Más de sesenta años después de la creación de la Convención de Ginebra de 1951, modificada únicamente por el Protocolo de Nueva York de 1967, la acción de la Comunidad Europea se dirige en dos direcciones igualmente importantes: prevenir y reprimir la inmigración clandestina y mejorar las condiciones de los trabajadores de terceros países. Este último aspecto es digno de mención, ya que se revela la orientación para garantizar a estos individuos el mismo trato en términos de derechos sociales reservados para los ciudadanos de la Unión. Hay una serie de instrumentos jurídicos en Europa para resolver asuntos relacionados con el asilo. A este respecto, recordamos cuando la Comisión Europea, en junio de 1985, transmitió al Consejo Europeo una relación sobre la actuación del libro titulado: "Completamiento del mercado interno³³: el libro blanco de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo", en el que la Unión Europea se centra en producir mayores resultados en tiempos más rápidos para algunos sectores, por ejemplo, en cuestiones de inmigración y seguridad en las que el Consejo Europeo establece como objetivo una cooperación sistemática en la gestión de las fronteras y en las políticas de asilo y lucha contra el terrorismo.

Una de las más grandes evoluciones de la Unión Europea, en materia de libre circulación de los ciudadanos y lucha contra la criminalidad organizada dentro de la misma Unión, fue el acuerdo establecido el 14 junio del 1985 llamado Tratado de Schengen.

Las disposiciones del acuerdo de Schengen han consagrado:

1. La abolición de los controles a las fronteras internas de los Estados miembros que pertenecen al espacio Schengen.
2. Normas comunes sobre los controles de las fronteras externas.
3. Una política común relativa a los visados y disposiciones complementarias que permiten la eliminación de los controles a las fronteras internas (en particular en el ámbito de la cooperación judicial y de la policía en materia penal).

Estas disposiciones han tenido consecuencias directas para los ciudadanos en el espacio de libre circulación de las personas:

- A) La abolición de los controles de los mismos en las fronteras internas comunes.
- B) Un conjunto de normas comunes aplicables a las personas que atraviesan las fronteras externas de los Estados miembros del espacio Schengen.
- C) La separación en los aeropuertos y en los puertos de mar de las personas que viajan dentro del espacio Schengen de las que llegan de países que no pertenecen a tal espacio.
- D) La armonización de las normas sobre las condiciones de entrada y sobre los visados de estancia corta.

El 19 de junio de 1990 en Schengen y a través de la Convención de Aplicación, que contiene las obligaciones específicas y articuladas para realizar la abolición de las fronteras internas y reforzar aquellas externas, se creó la institución del SIS (Sistema de información Schengen).

En la Conferencia intergubernamental del 27 de octubre de 1996, la Comisión Europea presentó, dentro del proyecto, el concepto de “Espacio de libertad, seguridad y justicia” (SLSG) que hace su primera aparición y es acogido en el Tratado de Ámsterdam.

El concepto contiene en sí un objetivo previsto por el Acto único europeo: la plena libertad de circulación y la supresión de los controles en las fronteras internas. Sin embargo, de tal objetivo puede potencialmente derivar una consecuencia negativa: la circulación de los criminales y las ganancias ilícitas.

La Convención de Dublín de 1990, más tarde reemplazada por el Tratado de Dublín II, adoptado en 2003 por todos los Estados miembros y modificado con el nuevo nombre de Dublín III del 26 de junio de 2013, establece, a nivel europeo, los criterios y mecanismos del Estado competente para el examen de una solicitud de protección internacional, presentada en uno de los Estados miembros por un ciudadano de un tercer país o un apátrida³⁴. La regla de “primera recepción”, establecida por el Reglamento, exige que las personas procedentes de terceros países soliciten asilo en el primer Estado en el que desembarquen.

Las raíces de esta regla son en realidad mucho más antiguas y de hecho se remontan a 1990, cuando Europa aún no era el centro de los flujos migratorios.

En 1990, con el Reglamento original de Dublín, se quería evitar el llamado “asilo shopping”³⁵ para que los migrantes no solicitaran asilo en todos los Estados miembros por los que viajaban: así fue como se creó la regla de la “primera entrada”.

En 1992 hubo un paso adelante con el Tratado de Maastricht, cuyo tercer pilar, entonces denominado “justicia y asuntos de internos”, incluye la política de inmigración, la política de asilo y el cruce de las fronteras exteriores.

La cooperación es aún limitada y los actos emitidos en este sector no son muy vinculantes. La verdadera revolución es el Tratado de Ámsterdam, que entró en vigor el 1ro de mayo de 1999, y ha permitido el desarrollo del Sistema Europeo Común de Asilo (Common European Asylum System - CEAS) bajo el Título IV del Tratado de la CE que se llama “Asilo, Visados, Inmigración”. Por otra parte, al Consejo se le atribuye la competencia para adoptar actos en este ámbito.

En Tempere, en octubre de 1999, el Consejo Europeo, en una reunión extraordinaria sobre la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea, tuvo que reafirmar una Política Común de la UE de asilo e inmigración garantizando la importancia que la Unión y los Estados miembros reconocen al respeto absoluto del derecho para solicitar asilo. Se acordó trabajar en el establecimiento de un régimen europeo común en materia de asilo, basado en la aplicación de la Convención de Ginebra en todos sus componentes, reconociendo

un status adaguado los ciudadanos pertenecientes a estado terceros, asegurando así que nadie se vea nuevamente expuesto a la persecución, es decir, manteniendo el principio de “non-refoulement”, como establecido en el artículo 78 TFUE y el artículo 18 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea.

Por lo tanto, la Convención sigue siendo el documento central en el régimen actual para la protección de los refugiados, pero, habiendo cambiado el contexto al que se aplica, en algunos casos resultaría ser inadecuada cuando obliga a los Estados a considerar todas las solicitudes de asilo, independientemente de ser fundadas o infundadas.

La Convención analiza así los casos individuales que adaptan con extrema dificultad los movimientos actuales de las masas humanas, también porque se creó para tratar de eliminar los efectos inmediatos y no para dar una solución definitiva al problema, no se concibió como un instrumento de regulación de la inmigración, por lo que debemos sopesar adecuadamente los casos individuales, no dejando un poder discrecional excesivo a la política de la UE, sino otorgando poder de decisión al Estado en asuntos de asilo y refugiados.

En la actualidad, el panorama europeo ha cambiado completamente: los flujos migratorios masivos tienen lugar principalmente a causa de los conflictos violentos que se han presentado en el continente africano y precisamente en las áreas mediterráneas. Por lo tanto, el Reglamento ha penalizado en particular a los países fronterizos como Grecia, Italia, Malta y España, por lo que, desde este punto de vista, el documento podría estar en antítesis con los procedimientos de recepción que cada Estado implementa, a pesar de que han sido establecidos niveles mínimos de acogida para solicitantes de asilo, impuestos por directivas:

- Directiva sobre procedimientos de asilo.
- Directiva sobre condiciones de acogida.
- Directiva sobre el estatuto de refugiado.

La Directiva sobre procedimientos de asilo³⁶, “que establece normas mínimas para los procedimientos en los Estados miembros para el reconocimiento y la revocación del status de refugiado”, fue sustituido por la Directiva 2013/32/UE, ya que la anterior no fue efectiva porque los Estados miembros aplicaron sus propias leyes sin cumplir con los estándares mínimos establecidos. La nueva Directiva 2013/32/UE³⁷ “que establece procedimientos comunes para el reconocimiento y la revocación del status de protección internacional (refundición)”, se centra más en los objetivos en esta área, permitiendo a los Estados miembros (basándose en estándares comunes) analizar las solicitudes recibidas a través de reglas más claras y eficientes, que también permiten un procedimiento más rápido para casos que se presumen infundados.

Con respecto a la Directiva sobre condiciones de recepción³⁸: “que establece normas mínimas relacionadas a la recepción de solicitantes de asilo en los Estados miembros”, también ha sido modificada por una nueva directiva de recepción³⁹: “que establece normas relacionadas a

la recepción de solicitantes de protección internacional (refundición)", garantizando específicas normas comunes para el tema de los solicitantes de asilo, respetando los derechos fundamentales, evitando la detención por un período de tiempo considerable y agregando condiciones de recepción específicas para los centros que reciben, garantizando la protección a nivel jurídico y después analizando la situación de cada persona vulnerable para establecer una recepción adecuada.

La Directiva sobre la calificación de los refugiados⁴⁰: *“establece normas mínimas sobre la asignación a nacionales de terceros países o apátridas, de la condición de refugiado o de una persona que de otro modo necesita protección internacional, así como normas mínimas en el contexto de la protección reconocida”*.

La Directiva 2004/83/CE establece numerosos derechos contra el “refoulement” (devolución), los permisos de residencia, los documentos de viaje y el acceso al empleo, las medidas de integración y una mayor protección para los niños y las personas vulnerables. Con la nueva Directiva de calificación⁴¹, se ha mejorado la protección internacional de las personas que huyen de la persecución para ser tratadas dentro de la UE de manera justa, extendiendo la duración de los permisos de residencia para aquellos que se benefician de la protección subsidiaria.

Ciertamente, lo que por un lado se ha desarrollado ha sido la idea de reformar el Reglamento de Dublín a nivel europeo, una idea que ya se abordó en junio de 2018, en una reunión celebrada por el Consejo Europeo en la que se habló de una división obligatoria de migrantes en partes iguales en todos los Estados pertenecientes a la Unión Europea, pero ha sido rechazada. Hay quienes piensan que una revisión del reglamento es imposible, ya que el tema de los migrantes que ingresan en los países fronterizos ciertamente no concierne solo el asilo, sino que se extiende a otras formas de inmigración cuyos actores están buscando un permiso para permanecer en Europa.

Rechazar a los migrantes no debería ser la solución correcta, ya que habría una violación de las normas internacionales y la protección de los refugiados, tal como está consagrado en el principio de no refoulement en el Artículo 33 párrafo 1⁴² de la Convención de Ginebra de los refugiados de 1951, a pesar de que en el párrafo 2⁴³ del artículo hay una excepción a la situación del *no refoulement* del refugiado: “si se considera por razones serias peligroso para la seguridad del país”.

Entre los Convenios internacionales sobre el derecho del mar, recordamos: la Convención de Montego Bay de 1982 - la Carta de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, también conocida como (UNCLOS, United Nations Convention on the Law of the Sea). Precisamente en su artículo 98, párrafos 1 y 2, explica cómo favorecer asistencia a las personas en peligro⁴⁴. La Convención SOLAS de 1974⁴⁵ *“solicitante a los Estados Partes que hagan los acuerdos necesarios para la comunicación del peligro y la coordinación en su área de responsabilidad y el rescate de personas en riesgo en sus costas”*⁴⁶. La Convención SAR, adoptada en Hamburgo en 1979, establece la obligación de asistencia a las

personas en el mar⁴⁷ y garantiza que las personas desembarquen en un lugar seguro⁴⁸.

5. CONCLUSIONES

La inmigración es un fenómeno que pertenece a una realidad secular, pero que hoy en día ha asumido dimensiones mucho más marcadas, con consecuencias de violencia, sufrimientos inauditos y muertes dramáticas.

Por otro lado, la integración es una categoría que pertenece a lo social y emocional. Entre la inmigración y la integración se encuentra la acogida en medio. Es difícil la gestión concreta de la acogida: la empatía no es suficiente.

Un fenómeno de tan vasto alcance y complejidad produce confusión y un sentimiento de impotencia. Junto a los problemas concretos de asegurar la subsistencia y la garantía de vida de los Países anfitriones, hay que mencionar la dificultad para cambiar las formas de vida ya que provienen de tierra y culturas diferentes, sistemas de valores de siglos de antigüedad. Además, hay quienes consideran en muchos casos “los hospes” como “hostis”. Una lógica de la acogida que ha transformado la hospitalidad en rechazo para el extranjero definiéndolo “enemigo”.

Se nos olvida que una conquista de la Edad Moderna es precisamente el reconocimiento de los “derechos humanos”: expresión que indica un concepto de importancia universal, y es mejor que la del siglo XVIII “derechos de los hombres”, ya que se refiere sólo a un proyecto ético - político.

Ante situaciones que han asumido características extremadamente difíciles, la Unión Europea, una construcción imperfecta en sí misma, ha mostrado todas sus deficiencias, que se pueden resumir en la falta de coordinación de acciones y resoluciones. Sobre la cuestión del movimiento de personas, parecía que las aplicaciones del Tratado de Schengen (libre circulación de personas y mercancías), el Convenio de Dublín (derecho de asilo), y la Convención de Ginebra de 1951 (status de refugiado) podrían ser decisivas. Sin embargo, la crisis de estos últimos meses, o estos días, ha demostrado que este no es el caso y que cada país no procede según un orden, sino que actúa en “orden aleatorio”.

Hubo hipocresía y egoísmo en la asignación de cuotas de refugiados a cada País. Se vertió la presión insopportable sobre los países fronterizos como España, Hungría, Italia y Grecia, afirmando que “el derecho de asilo es válido en el primer País en el que se solicita y se concede”. Alemania ha dado un ejemplo de pragmatismo, Austria con la construcción del muro del Brennero ha violado ineludiblemente el Acuerdo de Schengen.

Ciertamente, la política de la Unión Europea fue miope y marchó con gran retraso: se han perdido al menos 20 años.

El excursus histórico, así como el examen de todos los aspectos que caracterizan el complejo problema, a través del estudio de las regulaciones aún vigentes, me han llevado a la convicción de la necesidad de una posible reforma de las mismas, poniendo una particular atención a la necesidad de una política de las acciones de los Estados individuales

que sean orientadas a la cooperación entre los órganos y las autoridades competentes y, además, adaptadas a las necesidades de dichos Estados.

Sería necesario ampliar las vías legales y evitar que las políticas migratorias demasiado restrictivas devengan ellas mismas en causas de irregularidades, y en consecuencia formar un organismo *ad hoc* que estudie y analice las problemáticas y dificultades comunes de los estados que pertenecen a la Unión Europea. En esta dirección parece ser el Global Compact (Pacto intergubernamental).

Sería apropiado fomentar acuerdos bilaterales con los Países de origen, para garantizar sus cuotas preferenciales de la inmigración legal o que la Unión Europea pueda favorecer acuerdos-marcos de este tipo. O con más simplicidad bastarían el respecto de los compromisos europeos sobre la inmigración, o simplemente que la Unión Europea respete de verdad la Convención de Ginebra del 1951.

Notas

- 1 BADE, K. J., *Europa en movimiento*, ed. Crítica Barcelona, Barcelona 2003, p. 10.
- 2 La palabra migrante: describe una persona que se mueve de un lugar, región o país al otro. https://www.echr.coe.int/Documents/COURTalks_Asyn_ITA.PDF
- 3 Cf. FERRARI, G., «L’asilo nella storia», en UNHCR <http://www.unhcr.it/news/dir/91/view/634/lasilo-nella-storia-3400.html>, en fecha 9-08-2018
- 4 D’HARMONVILLE, A. L., «Voce Asilo», en Dizionario delle date, dei fatti ed uomini storici, ed. ANTONELLI, G., vol. 1, Venezia 1842-1847, p. 417.
- 5 MASTROMARTINO, F., *Il diritto d’asilo. Teoria e storia di un istituto giuridico controverso*, ed. GIAPPICHELLI, G., Torino 2012.
- 6 MENTXAKA, R., «El derecho de asilo en la Antigüedad clásica, en particular en el Derecho Romano», en *Cristianismo y mundo romano*, V Y Vi Ciclos De Conferencias Sobre El Mundo Clásico, ed. TAMAYOERRAZQUIN, J. Á., San Sebastián 2007-2008, p. 176.
- 7 UNHCR, «The origins of asylum. The State of the World’s Refugees: The Challenge of Protection 1993» <http://www.unhcr.org/publications/sowr/3eeeedd4a4/stateworldsrefugees1993challengeprotection-chapter-2-asylum-under.html>, fecha 13-09-2018
- 8 Ibid.
- 9 FERRARI, G., «L’asilo nel diritto internazionale. Relazione tenuta all’Università degli Studi di Roma “La Sapienza”. Omaggio dell’autore agli studenti universitari iscritti al XIIIº Corso Multidisciplinare Univiersitario “Migrazione ed asilo: Unione Europea ed area mediterranea” 2005», in: <https://www.unhcr.it>, in data 8.09.2018
- 10 PLATÓN, *Leyes* 5, Mexico 1974, p. 1244.
- 11 FERRARI, G., «L’asilo nel diritto internazionale», cit.
- 12 Cf. Nm. 35, 9-16 en que se hace referencia a las ciudades de asilo fundadas por Moisés.
- 13 DEL PONTE, R., «L’asylum di Romolo: da schiavi a cittadini romani», en *Rivista internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana* 14 (2016), p. 9. <http://www.dirittoestoria.it/14/memorie/Del-Ponte-Asylum-Romulida-schiavi-a-cittadini.htm>, in data 2-08-2018].
- 14 STANISLAO MANCINI, P., «Asilo, Clientela, Ospitalità», en *Enciclopedia Giuridica Italiana*, ed. VALLARDI, L., vol. 1, Milano 1895, p. 4.
- 15 En la Tanakh, Biblia Judía, la ciudad venía definida como un lugar de refugio para los sujetos que involuntariamente habían asesinado a otra persona.

- 16 Ley de la Edad Antigua y Media por la cual se concedía asilo dentro de un espacio sagrado considerado inviolable.
- 17 Cf. CAPPELLETTI, F. A., «Dalla legge di Dio alla legge dello Stato. Per una storia del diritto di asilo», en Il diritto di asilo, ed. BIOTTA, B. M., CAPPELLETTI, F. A., CEDAM, Padova 2006, p. 9.
- 18 CIC. 17., can. 1179
- 19 Luigi XII lo abolió en Francia el 1515 y en Inglaterra el 1625 por un Act of Parliament.
- 20 Declaración sobre el Asilo Territorial, adoptada por la Asamblea General en resolución 2312 (XXII), de 14 de diciembre de 1967.
- 21 Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, art. 14.1: *“En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país”*.
- 22 FERRARI, G., «Azione internazionale in favore dei rifugiati tra le due guerre mondiali», en La convenzione sullo status dei rifugiati aspetti storici, Roma 2013 p. 11: *“un numero desconocidos de ellos, que provenían de 26 Paises, sobre todo desde Europa sud-oriental y Unión Soviética, supervivían sin poder volver en patria por causa del caos de la postguerra) desde el 1919 en adelante (en menos de dos años) - su encargo de la S.d.N - cuando era un delegado en esta organización en Noruega”*.
- 23 LAPENNA, E., «Rifugiati», en Enciclopedia Giuridica, ed. TRECCANI, G., vol. 34, Roma 1895, p. 3.
- 24 Convención de Ginebra de 1951, art. 1A: *“A los efectos de la presente Convención, el término “refugiado” se aplicará a toda persona: 1) Que haya sido considerada como refugiada en virtud de los Arreglos del 12 de mayo de 1926 y del 30 de junio de 1928, o de las Convenciones del 28 de octubre de 1933 y del 10 de febrero de 1938, del Protocolo del 14 de septiembre de 1939 o de la Constitución de la Organización Internacional de Refugiados”. “Las decisiones denegatorias adoptadas por la Organización Internacional de Refugiados durante el período de sus actividades, no impedirán que se reconozca la condición de refugiado a personas que reúnan las condiciones establecidas en el párrafo 2 de la presente sección”. 2) Que, como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1.º de enero de 1951 y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él”. “En los casos de personas que tengan más de una nacionalidad, se entenderá que la expresión “del país de su nacionalidad” se refiere a cualquiera de los países cuya nacionalidad posean; y no se considerará carente de la protección del país de su nacionalidad a la persona que, sin razón válida derivada de un fundado temor, no se haya acogido a la protección de uno de los países cuya nacionalidad posea”*.
- 25 Administración de las Naciones Unidas para el Auxilio y la Rehabilitación.
- 26 Organización internacional para los refugiados.
- 27 ACNUR., <https://www.acnur.org/5b07680a4.pdf>
- 28 Convención de Ginebra de 1951, art. 1F: *“No serán aplicables a persona alguna respecto de la cual existan motivos fundado para considerar: Que ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, de los definidos en los instrumentos internacionales elaborados para adoptar disposiciones respecto de tales delitos; Que ha cometido un grave delito común, fuera del país de refugiado antes de ser admitida en él como refugiada; Que se ha hecho culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas”*.
- 29 Convención de Ginebra de 1951 art. 33.2: *“Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se*

- encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país".
- 30 BERMEJO HERNÁNDEZ, O., MORENO DÍAZ, J. A., Inmigración, Extranjería y Asilo, Madrid 20071 , p. 98.
- 31 Dictamen consultivo sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones del non-refoulement, Ginebra 2007.
- 32 Convención de Ginebra de 1951, art. 42.1 Reservas: *"En el momento de la firma de la ratificación o de adhesión, todo Estado podrá formular reservas con respecto a artículos de la Convención que no sean los artículos 1,3,4,16(1), 33 y 36 a 46 inclusive".*
- 33 Eur-lex: <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:51989DC0311&from=EN>
- 34 Reglamento (UE) nº 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, junio 2013. Aplicable a partir del 1 de enero 2014.
- 35 GAMMELOFT-HANSEN, T., Access to asylum: International Refugee Law and the Globalisation of Migration Control, Cambridge 2011.
- 36 Directiva 2005/85/CE del Consejo, del 1º diciembre 2005.
- 37 Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013, aplicable a partir del 21 de julio de 2015.
- 38 Directiva 2003/9/CE del Consejo, de 27 de enero 2003.
- 39 Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio 2013, aplicable a partir del 21 julio 2015.
- 40 Directiva 2004/84/CE del Consejo, de 29 de abril 2004.
- 41 Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre 2011.
- 42 Convención de Ginebra de los refugiados de 1951, art. 33, párrafo 1: *"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, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas".*
- 43 Ivi, art. 33, apartado 2: *"no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país".*
- 44 United Nations Convention on the Law of the Sea, art. 98: *"1. Todo Estado exigirá al capitán de un buque que enarbole su pabellón que, siempre que pueda hacerlo sin grave peligro para el buque, su tripulación o sus pasajeros: a) Preste auxilio a toda persona que se encuentre en peligro de desaparecer en el mar; b) Se dirija a toda la velocidad posible a prestar auxilio a las personas que estén en peligro, en cuanto sepa que necesitan socorro y siempre que tenga una posibilidad razonable de hacerlo; c) Caso de abordaje, preste auxilio al otro buque, a su tripulación y a sus pasajeros y, cuando sea posible, comunique al otro buque el nombre del suyo, su puerto de registro y el puerto más próximo en que hará escala".*
- 45 Convenio internacional para la seguridad de la vida en el mar (SOLAS), Londres 1974.
- 46 Ibid.
- 47 Convenio internacional sobre Búsqueda y salvamento Marítimo Internacional (SAR), cap.2.1.10, Hamburgo 1979.
- 48 Convenio internacional sobre Búsqueda y salvamento Marítimo internacional (SAR), cap. 1.3.2, Hamburgo 1979.