

EL ASUNTO HATAMI CONTRA SUECIA

ENRIQUE MADRAZO RIVAS*

El 9 de octubre de 1998 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) decidió eliminar de su lista de asuntos el instado por el Sr. Hatami (Sr. H.), de nacionalidad iraní, el 22 de julio de 1996, ante la Comisión Europea de Derechos Humanos¹ (CEDH). El TEDH, en su decisión, siguió la opinión mantenida por la CEDH, adoptada el 23 de abril de 1998². Esta opinión y, por lo tanto, la decisión del TEDH, se mantienen en la misma línea de interpretación del artículo 3 de la Convención para la salvaguardia de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (Roma, 4 de noviembre de 1950) que la realizada en otros asuntos anteriores. El caso se resolvió por arreglo amistoso, tal como prevé el artículo 30 de la Convención de referencia, entre el Sr. H. y Suecia, interrumpiendo, así, el procedimiento iniciado.

* Universidad San Pablo.

¹ Demanda n.º 32448/96, registrada en la lista del TEDH con el n.º 59/1998/962/1177.

² La opinión de la CEDH y la decisión del TEDH se pueden consultar en: *Recueil des Arrêts et Décisions*, 1998-VII, Strasbourg, pp. 3038-3058.

I. LAS FASES DEL ASUNTO

1. LA FASE INTERNA

El asunto se inicia el 13 de junio de 1993 con la llegada del Sr. H. al aeropuerto de Arlanda, en Suecia. El Sr. H. solicita la concesión del asilo territorial por parte de Suecia y, el mismo día de la llegada, es interrogado por un policía sueco, durante un período entre 5 y 10 minutos. El interrogatorio se realiza en sueco, lengua que el Sr. H. desconoce. El informe, elaborado el día siguiente, el 14 de junio, es redactado en sueco y es firmado por el Sr. H. sin que se le haya explicado su contenido. El mismo policía redacta en inglés un formulario dirigido a la compañía Alitalia, firmado por el Sr. H., pero sin sello policial, destinado a confirmar que la llegada a Suecia se había producido vía Roma, como parece desprenderse del primer informe policial. La compañía Alitalia no acusó jamás recibo.

La petición de asilo es tramitada a la Oficina Nacional de Inmigración sueca que solicita al Sr. H. un informe sobre su situación que es entregado el 1 de julio de 1993. El informe indica que el peticionario había alcanzado puestos de responsabilidad en la organización de los «muyaidines del pueblo» en 1985 y que, en 1987, fue designado responsable de un grupo de 4 personas encargadas de redactar consignas y de distribuir los panfletos. El 6 de febrero de 1990 es detenido en una calle de su ciudad natal en posesión de un panfleto perteneciente a los muyaidines. Es conducido a prisión e interrogado. Se le mantiene en prisión, según el informe, durante dos años, tiempo en el que es torturado en diversas ocasiones. Después de su excarcelamiento reinicia sus actividades, pero otro miembro del grupo detenido revela que el Sr. H. es el responsable del grupo, razón por la que decide huir.

La huida se desarrolla a través del Kurdistán, Bandar Abbas y Dubai desde donde embarca para Amsterdam en el vuelo 539 de la KLM. Desde Amsterdam parte hacia Estocolmo en el vuelo 197 de la misma compañía holandesa. El día 13, como ya se ha indicado, llega a Estocolmo, a las 19 horas y 45 minutos.

La Oficina Nacional de Inmigración sueca interroga al Sr. H. el 30 de diciembre de 1993 y elabora un informe. El solicitante presenta ciertas correcciones al informe y un certificado médico del ayu-

dante del cirujano-jefe del Centro médico para los refugiados del Hospital Universitario de Liuköping, fechado el 14 de enero de 1994. El 13 de julio de 1994, la Oficina Nacional de Inmigración decide rechazar la petición de asilo como consecuencia de las dudas que se le plantean acerca de la credibilidad de las informaciones que aporta el Sr. H. sobre sus actividades políticas. El Sr. H. decide recurrir tal decisión ante la Comisión de Recursos de los Extranjeros, manteniendo su petición de asilo.

El Sr. H. fue examinado varias veces, entre noviembre de 1994 y abril de 1995, en el Centro para las víctimas de las torturas y traumatismos del Hospital de Karolinska. El informe médico final, fechado el 3 de abril de 1995, descartaba la hipótesis de las lesiones accidentales y la de las automutilaciones, aunque consideraba que no se podía concluir que las cicatrices que presentaba el Sr. H. se debiesen a agresiones o a torturas. No obstante, el examen psiquiátrico y psicológico al que se le sometió sugiere, en sus conclusiones, que el Sr. H. sufrió torturas con las graves consecuencias que estas entrañan en los aspectos psicológicos de la persona. El Centro de Karolinska estima que, desde el punto de vista médico, la expulsión hacia su país de origen sería nefasta, al no poder recibir allí las ayudas necesarias.

La Comisión de Recursos de los Extranjeros, después de escuchar al Sr. H., el 8 de mayo de 1996, decidió rechazar la petición de asilo y ordenó su expulsión, el 1 de julio del mismo año. Sin embargo, la Oficina Nacional de Inmigración decidió, el 30 de julio, suspender la ejecución de la decisión de expulsión, basándose en la recomendación de la Comisión Europea de los Derechos Humanos, fechada el mismo día. El Sr. H., invocando el hecho de que la Comisión Europea había considerado admisible su demanda, presenta una nueva petición de asilo a la Comisión de Recursos de los Extranjeros, el 17 de diciembre de 1997. El 4 de marzo de 1998 es, de nuevo, desestimada su petición.

2. LA FASE INTERNACIONAL

El asunto, en su fase internacional, se inicia con la demanda dirigida a la CEDH, sobre la base del artículo 25 de la Convención de Roma de 1950, el 22 de julio de 1996 (n.º 32448/96), por el Sr. H. que

considera que la expulsión hacia Irán constituye una violación del artículo 3 de la Convención de referencia. La CEDH admite la demanda el 23 de enero de 1997.

El 12 de mayo del mismo año, delegados de la CEDH, enviados a Estocolmo, interrogan al Sr. H. Sobre la base de las conclusiones de este interrogatorio la CEDH decide recomendar a las autoridades suecas la no expulsión del Sr. H. El 23 de abril de 1998 la CEDH adopta su opinión, por unanimidad, indicando en ella que la decisión de expulsión del demandante hacia Irán constituye una violación del artículo 3 de la Convención mencionada.

La decisión de expulsión no había sido modificada sino sólo suspendida, a recomendación de la CEDH, por lo cual, dentro del plazo de 3 meses que la Convención de Roma abre en los artículos 32,1 y 47, la CEDH tramitó el asunto al TEDH, sobre la base de los artículos 44 y 48 de la Convención mencionada y sobre el reconocimiento sueco de la jurisdicción obligatoria del TEDH, según el artículo 46. El 9 de junio se eligen, por sorteo, los 7 miembros de la Cámara que entenderá del asunto, que se unen al Presidente y al juez sueco del TEDH (art. 43).

El 29 de mayo, el Secretario del TEDH remite una carta al Gobierno sueco recordándole que la CEDH había indicado que no se procediese a la expulsión y que, según el artículo 38,2 del Reglamento B del TEDH, esta medida continuaba recomendada salvo que el Presidente o la Cámara decidiesen, posteriormente, otra cosa.

El Secretario del TEDH recibió las memorias del Gobierno sueco y del demandante los días 3 de julio y 3 de agosto, respectivamente, y sus memorias complementarias los días 11 y 12 de agosto, respectivamente.

Los días 31 de julio y 25 de agosto de 1998, la CEDH emitió los documentos del expediente del procedimiento desarrollado ante ella. El 9 de octubre, el TEDH decidió retirar de su lista de asuntos el caso del Sr. H. contra Suecia, a la vista de que se había alcanzado un arreglo amistoso entre las partes.

3. *EL ARREGLO AMISTOSO*

El 30 de julio de 1998, el Secretario del TEDH recibió una carta del Gobierno sueco relativa a la posibilidad de que se alcanzase un arreglo amistoso con el Sr. H. El 26 de agosto, el TEDH recibió una copia de un texto enviado por el agente del Gobierno sueco, firmado por éste y por el abogado del demandante los días 20 y 24 de agosto, respectivamente, en el que se contenían los términos del arreglo amistoso.

El texto indicaba que, con el objetivo de cerrar el procedimiento iniciado ante el TEDH, el Gobierno sueco y el demandante habían alcanzado un arreglo amistoso que contenía los siguientes términos:

- 1) El Sr. H. presentará una nueva petición para obtener un permiso de residencia ante la Comisión de Recursos de los Extranjeros.
- 2) El Gobierno sueco se compromete a entregar al Sr. H. cien mil coronas suecas, correspondientes a los gastos procesales, bajo reserva de la presentación de la petición antedicha y de la obtención del permiso de residencia y la anulación de la decisión de expulsión.
- 3) El Sr. H. no planteará ninguna queja contra el Gobierno sueco con relación a los hechos objeto de la demanda tratada, si se cumplen los términos anteriores.

El contenido de este arreglo amistoso quedaba sometido a la aprobación oficial por el Gobierno sueco reunido en Consejo de Ministros. El 4 de septiembre, el agente del Gobierno informó al Secretario del TEDH acerca de la reunión del Consejo de Ministros, en lo relativo al asunto del Sr. H., indicando que aquél había aprobado el arreglo amistoso y decidido que el Ministro de Asuntos Exteriores entregase al demandante la suma acordada.

El 22 de septiembre el agente del Gobierno informó al Secretario del TEDH que la Comisión de Recursos de los Extranjeros había acordado conceder un permiso de residencia permanente en Suecia al Sr. H., anular la decisión de expulsión y reembolsarle las costas lo antes posible. Por ello, el Gobierno sueco pedía al TEDH que retirase el asunto de su lista.

El 24 de septiembre, el abogado del Sr. H. confirmó que el arreglo amistoso se había hecho efectivo. Por último, el delegado de la CEDH, consultado según el artículo 51,2 del Reglamento B del TEDH, consideró que era conveniente retirar el asunto de la lista del mismo. El 9 de octubre, como ya se ha indicado, el TEDH adopta la decisión, por unanimidad.

El resultado, por lo tanto, es la concesión del permiso de residencia al Sr. H. aunque, en contrapartida, la Comisión de Recursos de los Extranjeros decide rechazar la petición de asilo. Desde el punto de vista de la protección que el artículo 3 ofrece al individuo, la concesión de un permiso de residencia es suficiente, no es necesaria la concesión del asilo. Se puede decir, por lo tanto, que el arreglo amistoso se alcanzó en el respeto de los derechos contenidos en la Convención, único requisito que se puede exigir para su aceptación por el TEDH.

II. ASILO, NON-REFOULEMENT Y ARTÍCULO 3 DE LA CONVENCIÓN DE ROMA DE 1950

1. ***LAS CONDICIONES DEL ASILO Y LAS DISCREPANCIAS DE LAS PARTES***

El orden internacional actual tiene una carencia de regulación positiva general con relación al asilo. Los resultados obtenidos de los esfuerzos reguladores realizados se concretan en un artículo de la Declaración Universal de la Derechos Humanos y en una Declaración sobre asilo territorial. El artículo 14,1 de la Declaración Universal establece que: «*En caso de persecución*, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país». El único límite que parece desprenderse del artículo 14, es el establecido en el apartado 2, según el cual este derecho «no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas».

Al margen del debate acerca de la categorización del asilo como un derecho de la persona a disfrutarlo o como un derecho del Estado a concederlo, parece claro que la Declaración Universal condiciona el derecho a pedir asilo y a disfrutar de él a la existencia de una

persecución real que no tenga su origen ni en la comisión de delitos comunes ni en la comisión de actos contrarios a los elementos esenciales de la Carta. En esto se diferencia de los motivos que permiten acogerse a la condición de refugiado, tal como los contempla el Estatuto de los refugiados, de 28 de julio de 1951, en su artículo 1,A,2, que emplea los términos: «*debido a fundados temores de ser perseguida...*».

Así, para solicitar y obtener la condición de refugiado no es necesario justificar una persecución real personalizada. Es por esto por lo que la institución del asilo opera, en especial, en situaciones de persecución selectiva (p.e., regímenes políticos autoritarios), mientras que el refugio es especialmente útil en las situaciones de persecución generalizada contra minorías (o, incluso, mayorías) étnicas, religiosas, lingüísticas, etc... (p.e., los recientes conflictos balcánicos o en la zona de los grandes lagos). Por ello, el asilo territorial suele denominarse asilo político, en tanto que no es fácil encontrar los términos «refugio político».

El segundo texto es la Declaración sobre asilo territorial de la Asamblea General de la ONU A/Res/2312(XXII), adoptada el 14 de diciembre de 1967. Aunque el asilo está calificado como un derecho soberano del Estado, remite a la Declaración Universal en lo relativo a las personas que pueden beneficiarse del asilo, incluyendo a las personas que luchan contra el colonialismo. Según la Declaración sobre asilo territorial ninguna de tales personas puede ser devuelta al Estado perseguidor, tanto si ha conseguido entrar en el territorio del Estado en el que solicita el asilo como si se le retiene en la frontera y lo solicita en la misma. La única excepción contemplada remite a motivos fundamentales de seguridad nacional, incluida la afluencia masiva de personas, lo que parece descartar las situaciones que son características de la condición de refugiado.

La Declaración de 1967 reconoce que el Estado que concede el asilo es el que debe apreciar la validez de los motivos invocados por el solicitante, por lo tanto, puede condicionar en sus normas internas las situaciones en las que se considera justificada la concesión. En todo caso, existe, en la Declaración, un límite general en cuanto a las condiciones que justifican la concesión, según el cual el asilo nunca será concedido a personas perseguidas por crímenes de guerra, crímenes contra la paz o contra la humanidad.

En síntesis, la Declaración de 1967 hace de la decisión de concesión de asilo una decisión soberana del Estado determinada a través de la capacidad normativa interna. En esta perspectiva, la única garantía que le resta al individuo, cuya protección queda a la discreción del asilante, es el principio de no devolución (*non-refoulement*) al Estado perseguidor e, incluso, a otro Estado que, a su vez, pudiese devolver al individuo al perseguidor.

En el caso del Sr. H. contra Suecia, las discrepancias básicas entre ambas partes se centraban en la veracidad de las afirmaciones de aquél acerca de su militancia política, en la organización de los *muyaidines* del pueblo, y de las consecuencias que había tenido en relación con las autoridades de Irán (detención, prisión, torturas...). Desde el punto de vista interno la concesión del asilo dependía de que se pudiese confirmar la persecución por motivos políticos. Por otra parte, la Convención de Roma de 1950 no contempla expresamente el asilo, por lo que los casos que se han iniciado vinculados al asilo lo han sido a través de ciertos artículos de la Convención que permiten obtener el resultado de la no devolución. Se trata de los artículos 3, 8 y 13, en particular el artículo 3.

El artículo 3 establece que «nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratamientos inhumanos o degradantes». Es una disposición que tiene la ventaja de no admitir excepción alguna, lo que lo distingue, por ejemplo, del artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los refugiados, ya mencionada.

Las disposiciones internas suecas aplicables a este caso están contenidas en la Ley de extranjería de 1989 que ha sido, posteriormente, enmendada, entrando en vigor las enmiendas el 1 de enero de 1997. El cambio operado en estas disposiciones es significativo en algunos aspectos que afectan a las peticiones de asilo y a la posibilidad o no de devolución del peticionario. En concreto, el capítulo 8, artículo 1, establecía que el extranjero no podría ser expulsado hacia un Estado con relación al cual tuviese «serias razones para creer» que sería sometido a la pena capital, a castigos corporales o a torturas. Según la versión enmendada, el extranjero no podría ser expulsado hacia un Estado con relación al cual tuviese un «motivo razonable para creer» que sería sometido a la pena capital, a castigos corporales, a torturas o a otras penas o tratamientos inhumanos o degradantes.

Con este cambio se rebajaban los requisitos del asilo, acercándolos cada vez más a los de la condición de refugiado, en una tendencia claramente apreciable en los Estados Miembros de la Unión Europea desde el Acta Única Europea y el Convenio de Dublín³.

La decisión de devolución o de expulsión del extranjero por la autoridad competente (Oficina Nacional de Inmigración y Comisión de Recursos de los Extranjeros), sólo puede tomarse después de considerar si los obstáculos fijados en el capítulo 8, artículos 1 a 4, se oponen al retorno del interesado a un Estado en concreto o si existen otros obstáculos particulares para tomar tal decisión.

Los argumentos del Gobierno sueco se centran, por un lado, en afirmar la coherencia de las normas y la práctica sueca en la materia con la Convención de Roma, con los principios que aplican las Naciones Unidas y con la jurisprudencia del TEDH y la posición de la CEDH. Por otro lado, se centran en las contradicciones que se aprecian en las declaraciones del Sr. H. y las dudas que generan estas declaraciones con relación a: los datos del viaje hacia Estocolmo; los documentos del demandante; la militancia en la organización de los muyaidines del pueblo; el período de su detención y las torturas y malos tratos sufridos.

El resultado de todas estas dudas es que el Gobierno sueco considera que no existen serios motivos para creer que el solicitante correría un riesgo real de sufrir un tratamiento contrario al artículo 3 de la Convención si la decisión de expulsión fuese ejecutada.

Los argumentos del Sr. H. se centran, por un lado, en el desconocimiento que las autoridades suecas tienen sobre los acontecimientos que se desarrollan en Irán, en especial de la situación de los muyaidines del pueblo, y en una probable mala traducción y una errónea interpretación de lo que el solicitante verdaderamente dijo en su primer interrogatorio. Por otro lado, sus argumentos se orientan a descartar las posibles dudas que las autoridades suecas plan-

³ Ver: MARIÑO MENÉNDEZ, F. y otros, *Derecho de extranjería, asilo y refugio*, Madrid, 1996; en particular, ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., «La regulación del asilo en el ámbito comunitario antes del Tratado de la Unión Europea: el Convenio de Dublín y el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen», pp. 669-706.

tearon con relación a sus declaraciones, utilizando los únicos medios de prueba a su disposición (del Sr. H.), en especial los informes médicos elaborados que, en todo caso, no resultan concluyentes para determinar la existencia de torturas y malos tratos por parte de las autoridades iraníes.

2. LA OPINIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA DE LOS DERECHOS HUMANOS

La CEDH parte de la constatación de que las decisiones de los servicios suecos de inmigración, aunque sólo conducirían a la expulsión hacia Irán si el demandante no encontraba ningún otro Estado al que dirigirse, en la práctica implicarían la expulsión hacia Irán. Por lo tanto, la cuestión a examinar había que centrarla en saber si tal expulsión constituiría una violación del artículo 3 de la Convención de Roma.

La CEDH reconoce a los Estados Partes en la Convención el derecho a controlar la entrada, la permanencia y la salida de los no nacionales. Además, el asilo no está consagrado como derecho ni en la Convención de Roma ni en los protocolos a la misma.

La CEDH recuerda que la prohibición de las torturas y de las penas o tratamientos inhumanos o degradantes que establece el artículo 3 de la Convención de Roma es absoluta. Por lo tanto, cada vez que existan motivos serios para creer que una persona corre el riesgo de ser sometida a tratos contrarios al artículo 3, si es expulsada hacia un Estado, la responsabilidad del Estado Parte está comprometida en el caso de que se produzca la expulsión.

La CEDH no hace más que recordar, así, la existencia de una línea de opinión que se remonta a los años sesenta y que se prolonga hasta la actualidad. Aún no tratándose en todos los casos de peticiones de asilo, todos tienen en común plantear la expulsión hacia el país de origen como contraria a las obligaciones contraídas en virtud de la Convención de Roma.

La CEDH, para determinar si ha quedado perfectamente establecido que el demandante corría un riesgo real de sufrir un trato con-

trario al artículo 3 de la Convención de Roma, se apoyó en los elementos que se le proporcionaron y en otros obtenidos de oficio.

En primer lugar, acerca de las dudas que el Gobierno sueco se planteaba derivadas del primer informe (14-junio-1993), contenido en una única página, la CEDH considera que a tal informe no hay que concederle una importancia particular, no sólo por las circunstancias en que se realizó el interrogatorio (corta duración y desconocimiento del idioma), sino por la negación reiterada del demandante, posterior al mismo, de haber llegado a Estocolmo vía Roma. Todas sus indicaciones posteriores se refieren a la llegada a Suecia vía Amsterdam; dato que los servicios suecos de inmigración jamás discutieron.

En segundo lugar, la CEDH detecta errores que considera son de la responsabilidad de las autoridades suecas en lo relativo a los dos años de prisión que sufrió el demandante. En unos textos se remite a otros la afirmación del Sr. H. según la cual fue condenado a más de dos años de prisión, mientras que en éstos no se contiene ninguna afirmación del demandante que indicase que había sido juzgado.

En tercer lugar, el intento de obtener un visado, por parte del Sr. H. en la Embajada de Suecia en Teherán, era discutido por el Gobierno sueco que afirmaba, inicialmente, que la Embajada estaba bien vigilada por la policía, en contraste con la versión dada por el demandante. Sin embargo, después de consultar con la Embajada, el Gobierno sueco rectificó y confirmó la información del demandante, en este punto.

En cuarto lugar, las dudas que las autoridades suecas tienen acerca de las afirmaciones del Sr. H. en el punto relativo a las torturas y los malos tratos sufridos, son desestimadas por la CEDH sobre la base de los resultados de los exámenes médicos y, sobre todo, del examen psicológico y psiquiátrico. La CEDH rechaza, así, la sugerencia según la cual las cicatrices y otras señales tendrían un origen distinto del de las torturas y los malos tratos.

En quinto lugar, las inexactitudes que el Gobierno sueco detecta en las declaraciones del demandante acerca de su pertenencia a los muyaidines del pueblo y de su detención son justificadas por la CEDH, afirmando que raramente se puede esperar de las víctimas de torturas que manifiesten una precisión perfecta en sus declaracio-

nes. Según la CEDH, las inexactitudes eventuales no se deben a la presentación de los hechos efectuada por el demandante y, en todo caso, no permiten poner en duda la veracidad global de sus afirmaciones. En conclusión, para la CEDH, la pertenencia política a los muyaidines, sus actividades y la descripción de la detención deberían ser consideradas para determinar el riesgo de tortura, si se produjese la expulsión.

En sexto lugar, la CEDH toma en consideración, también, la situación crítica de los derechos humanos en Irán, cuya gravedad había llegado a conocimiento del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (creado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), a través del Representante Especial para Irán que había mostrado una preocupación particular por el elevado número de ejecuciones, de casos de torturas y de penas o tratamientos crueles, inhumanos o degradantes⁴.

En conclusión, la CEDH estima que las declaraciones del demandante eran globalmente coherentes y creíbles y que su actitud y su comportamiento eran convincentes y sinceros. Por consiguiente, la CEDH considera que existen pruebas suficientes para afirmar la existencia de serios motivos para creer que el demandante corría un riesgo real de sufrir tratos contrarios al artículo 3 de la Convención de Roma, si era expulsado hacia Irán.

3. ASILO, NON-REFOULEMENT Y ARTÍCULO 3 DE LA CONVENCION DE ROMA

El análisis de las relaciones entre el derecho de asilo, la garantía básica para el solicitante, consistente en el principio de non-refoule-

⁴ El Representante Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos en la República Islámica del Irán fue creado por la Resolución 1984/54 de la Comisión de Derechos Humanos, de 14 de marzo. Es significativo que, desde 1993, el Gobierno iraní no permitiese visitas del Representante Especial a su territorio. La información de la que disponía el Representante Especial de las Naciones Unidas (Doc. E/CND.4/1997/63) sobre la situación en Irán, confirmaba la aportada por un informe del Departamento de Estado de los Estados Unidos, de marzo de 1996, y por el Informe anual de Amnistía Internacional del mismo año.

ment y el artículo 3 de la Convención de Roma⁵ debe partir del recordatorio de tres datos.

En primer lugar, no hay reglas convencionales generales sobre el asilo territorial, sólo textos declarativos que pueden ser entendidos como conjuntos de directrices de conducta, o bien como expresiones de reconocimiento de principios aceptados generalmente por los Estados que podrían entrar en el terreno del Derecho Internacional consuetudinario⁶ e, incluso, en el terreno del *ius cogens*, en la medida en que se pueda tratar de principios básicos para la protección de la persona.

En segundo lugar, en el ámbito de la Unión Europea (hay que recordar que todos los Miembros de la U.E. lo son, también, del Consejo de Europa) se está produciendo una progresiva aproximación a los temas del asilo y de la condición de refugiado y, en líneas generales, la tendencia es hacia una restricción práctica de los casos de entrada y de obtención de residencia bajo la cobertura del asilo. La justificación se encuentra en la problemática que genera un espacio interior sin fronteras.

En tercer lugar, ni la Convención de Roma ni los protocolos contemplan un derecho de asilo; por lo tanto, la búsqueda de protección por nacionales de Estados no Partes, básicamente extraeuropeos, debe basarse en una vía indirecta como la que pueden proporcionar los artículos 3 y 8 de la Convención de Roma.

Las decisiones anteriores del TEDH y las opiniones de la CEDH sobre casos en los que se plantea la necesidad de protección, mediando o no una petición de asilo, se han presentado en términos de protección amplia frente a cualquier posibilidad de que la persona devuelta o en vías de devolución sea objeto de tratos inhumanos

⁵ Se pueden consultar: GORTAZAR ROTAECHE, C, «La Convención Europea de los Derechos del Hombre y su relación con el asilo», Revista ICADE, 22, 1991; *Derecho de asilo y «no rechazo» del refugiado*, Madrid, 1997; en especial, pp. 228 a 237.

⁶ Es, por ejemplo, la opinión de GOODWIN-GILL, G.S., *The Refugee in International Law*, Oxford, 1996, en especial pp. 167-170. En el mismo sentido: STENBERG, G., *Non-Expulsion and Non-Refoulement*, Uppsala, 1989, p. 279.

o degradantes o penas inhumanas o degradantes, incluyendo el sometimiento al «pasillo de la muerte» para los condenados a la pena capital, como se planteó en el caso Soering⁷.

Los casos Cruz Varas y otros contra Suecia⁸, Vilvarajah y otros contra el Reino Unido⁹, Chahal y otros contra el Reino Unido¹⁰ indican el uso amplio que del artículo 3 de la Convención de Roma se hace con el objetivo de protegerse frente a unas autoridades nacionales que practican, normalmente sin límites legales, ese tipo de tratamientos. De esta manera, la CEDH y el TEDH han consolidado una línea de interpretación del artículo 3 que se ha convertido, en la práctica, en la mejor garantía frente a la devolución hacia el Estado de origen para aquellas personas que, por razones básicamente políticas, no pueden volver a sus Estados sin riesgos evidentes para su integridad física o psíquica.

Cuando la garantía que implica el artículo 3 de la Convención de Roma no ha sido efectiva por razones de orden interno, el desarrollo de los acontecimientos ha conducido, con frecuencia, a tragedias personales. Algunos casos ilustran la problemática que se plantea en las situaciones de falta de garantías. Así, por ejemplo, en el caso Amekrane contra el Reino Unido¹¹, la viuda de un oficial marroquí reclamó

⁷ Caso Soering contra el Reino Unido, sentencia de 7 de julio de 1989; *Recueil des Arrêts et Décisions*, Strasbourg, 1989. En este asunto (n.º 1/1989/161/217), el TEDH decide que la extradición de Soering por parte del Reino Unido hacia Estados Unidos constituiría una violación del artículo 3 de la Convención ya que existía un riesgo significativo de que el demandante fuese sometido al «pasillo de la muerte», tratamiento considerado contrario al artículo 3, antes de serle aplicada la pena capital.

⁸ Caso Cruz Varas y otros contra Suecia, sentencia de 20 de marzo de 1991; *Recueil des Arrêts et Décisions*, Strasbourg, 1991. Asunto n.º 46/1990/237/307.

⁹ Caso Vilvarajah y otros contra el Reino Unido, sentencia de 30 de octubre de 1991; *Recueil des Arrêts et Décisions*, Strasbourg, 1991. Asunto n.º 45/1990/236/302-306.

¹⁰ Caso Chahal contra el Reino Unido, sentencia de 15 de noviembre de 1996; *Recueil des Arrêts et Décisions*, Strasbourg, 1996. Asunto n.º 70/1995/576/662. Tanto en este caso como en el anterior (Vilvarajah) se plantean en términos de contradicción entre el interés de la persona y la seguridad del Estado de acogida.

¹¹ Se puede consultar en: GORTAZAR ROTAECHE, C., *Derecho de asilo...*, ya citada, pp. 230-231.

contra este Estado por violación del artículo 3 de la Convención de Roma ya que su esposo había sido devuelto por las autoridades gibraltareñas a las autoridades de Marruecos que le reclamaban bajo la acusación de haber participado en un atentado contra el monarca marroquí. El Sr. Amekrane fue juzgado y ejecutado por traición. El resultado, en este caso, fue un arreglo amistoso en el que el Reino Unido hizo entrega a la viuda de una cierta cantidad de dinero, pero negó haber cometido violación alguna de la Convención de Roma.

En un sentido contrario, pero igualmente ilustrativo, se plantea el caso Cruz Varas y otros contra Suecia. En este asunto, los ciudadanos chilenos (matrimonio e hijo) pretender evitar la expulsión hacia Chile del cabeza de familia, utilizando el artículo 3. La CEDH informa en sentido contrario a los reclamantes y favorable a la devolución, aduciendo que la situación en Chile había cambiado y que el régimen chileno ofrecía garantías de no perseguir al Sr. Cruz Varas por motivos políticos, a pesar de reconocer que, en el pasado, se le había perseguido (Opinión de la CEDH de 7 de diciembre de 1989). Para la CEDH, el régimen democrático chileno no hacía necesario el uso de los artículos 3 y 8 a los efectos de proteger a los reclamantes.

En los casos Vilvarajah y otros y Chahal y otros contra el Reino Unido se plantea la petición de asilo de ciudadanos tamiles (Sri Lanka) e indios sijs, respectivamente, que no desean volver a sus Estados de origen por miedo justificado a la persecución política. En ambos casos, la existencia de un riesgo cierto es evidente por los problemas que el pueblo tamil tiene con las autoridades de Sri Lanka y que el pueblo sij tiene con las de la India.

En el primero de los dos casos, los reclamantes son devueltos hacia Sri Lanka, donde son torturados. Desde allí plantean la reclamación. La CEDH concluye, entre otras cosas, que el sistema inglés no provee de «recursos efectivos ante instancias nacionales» a los demandantes y que la protección requerida por el artículo 3 de la Convención de Roma «no puede quedar asegurada si una persona tiene que retornar al mismísimo país donde teme persecución antes de poder recurrir de modo eficaz contra el rechazo del asilo».

El resultado es, por lo tanto, que el sistema que establece la Convención de Roma, tal como ha evolucionado, y la interpretación hecha con relación a algunos de los artículos conducen a la práctica

operatividad del principio de non-refoulement, tan pronto como un caso es planteado ante la CEDH y considerado admisible por ésta. Se puede suponer que el cambio introducido por el Protocolo 11 en el mecanismo de protección, haciendo desaparecer a la CEDH, no alterará sustancialmente la línea seguida hasta ahora.

En la práctica, esta garantía de la no devolución opera tanto si el reclamante ha solicitado el asilo como si no lo ha hecho, por lo que supone una protección más extensa que la que ofrece el principio de non-refoulement que sólo opera previa petición de asilo. El artículo 3 tiene, además, la ventaja ya mencionada de que no admite excepciones.

Se trata de una garantía importante que está en la línea de la Declaración de las Naciones Unidas sobre el asilo territorial. No obstante, plantea problemas en el momento actual ya que en Europa la tendencia se orienta hacia la posibilidad de no admitir a los peticionarios de asilo en la frontera, reduciendo la garantía a la posibilidad de encontrar un tercer Estado que acoja a la persona con suficientes garantías de no proceder a su devolución al Estado de origen. Así, el problema principal probablemente se centre en la compatibilidad de la posición del TEDH con la práctica que vayan a seguir los Estados Miembros de la Unión Europea con relación al asilo.