

1. Universalisme *versus* particularismes, o l'ideal cosmopolita enfront dels corrents comunitaristes davant de la figura dels demandants d'asil

142. Els tipus de moviments migratoris forçosos creixentment indiferenciats que s'han produït a Europa des de l'acabament de la guerra freda, han dut a reaccions normatives i polítiques cada cop més restrictives que, en definitiva, tradueixen opcions de tipus identitari.

En les dues perspectives d'anàlisi o línies d'argumentació que s'han desenvolupat en el Capítol III, que evoquen, bé els drets humans, bé la sobirania estatal en el control de les fronteres, hi ha riscos importants de deriva moralista i de judicis intuïtius relativament simples. Les violacions de drets humans patides pels refugiats i demandants d'asil, en general, són considerades com anorreadores d'altres consideracions que entren en conflicte, com els costos econòmics i de tibantor social que l'acollida d'aquests comporta en els estats que els reben. La justificació dels drets dels refugiats, les obligacions que generen, qui en són els responsables, i com s'han de resoldre els conflictes entre aquests drets i altres consideracions ètiques i polítiques són qüestions que acostumen a ser defugides rera justificacions morals que redueixen el debat sobre la gestió política dels fluxos de demandants d'asil a dicotomies com interès nacional *versus* drets universals, o politització *versus* humanitarisme.

El debat relatiu al dret del refugi requereix una major integració de perspectives que tinguin en compte el context polític, social i econòmic dels fluxos migratoris forçosos individuals i col·lectius, i també una atenció als fonaments ètics i filosòfics de les polítiques de gestió d'aquests⁵⁴.

Quan l'any 1990 Jürgen Habermas va identificar els moviments històrics actuals que a parer seu afecten la relació entre ciutadania i identitat nacional, assenyalava la nova dimensió i urgència que els grans moviments migratoris des de les regions més pobres donen al problema dels refugiats, problema amb el qual, segons ell mateix, *s'aguditza la pugna entre, per una part, els principis universalistes de l'Estat democràtic de dret i, per l'altra, les pretensions particularistes de mantenir la integritat d'unes formes de vida consolidades*⁵⁵. Per a Habermas, els demandants d'asil i, encara més, els immigrants econòmics *col·loquen generalment els membres dels Estats europeus davant el problema de si es pot justificar una prioritat de les obligacions especials referides a la pròpia nacionalitat jurídico-administrativa*

⁵⁴ Sobre aquesta reducció del debat i la reivindicació d'altres perspectives en l'anàlisi de les qüestions relatives a refugiats, Christina Boswell, "Doing Justice to Refugees: Challenges and Limits of the Current Debate", *The International Journal of Human Rights*, vol. 4, N° 2, estiu de 2000, pàgs. 79-80.

⁵⁵ Jürgen Habermas, *Ciutadania Política i Identitat Nacional*, traducció de Pere Fabra i Abat, Barcelona: Publicacions de la Universitat de Barcelona, 1993, pàg. 59 [també ha estat publicat amb el títol "Ciudadanía e identidad nacional (1990)", a Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso* (traducció de Manuel Jiménez Redondo), Madrid: Trotta, 1998, pàgs. 619-643].

(*Staatsangehörigkeit*) enfront de deures universals que traspassen les fronteres de l'Estat⁵⁶.

Aquesta dicotomia assenyalada per Habermas rera la problemàtica que presenten els demandants d'asil avui dia, ha estat també ressaltada, per exemple, per Gregor Noll, que descriu la disputa en els següents termes:

El dret de la migració i l'asil estan situats en la zona de conflicte entre l'universalisme i el particularisme, deixant en mans els juristes una elecció entre dos paradigmes fundacionals –un esmerçant-se per a la realització global dels drets humans, l'altre donant preferència a la població d'alguns estats⁵⁷.

a. Universalisme i particularismes

143. L'UNIVERSALISME. L'*universalisme* suposa una revisió del paradigma cosmopolita difós per Immanuel Kant que parteix de l'existència d'una comunitat universal formada per part de tots els individus i on en situació de conflicte es tendiria a donar primacia a la *igualtat*; mentre que el *particularisme* dona importància a les comunitats parcials únicament a través de les quals seria possible el gaudi de determinats drets. En el particularisme, en cas de col·lisió, primaria la *llibertat*.

Des del punt de vista dels principis de base de les dues posicions, l'*universalisme* entén que ésser *humà* és condició necessària i suficient per tal de gaudir de drets humans, independentment del rol d'institucions i estats que no condicionen ni fan d'intermediaris en aquesta relació jurídica; en canvi, el *particularisme* atribueix una importància clau al lligam indissoluble entre drets i comunitat, on els primers únicament poden ser satisfets a través de la segona, que es justifica pels nexes de solidaritat entre els seus membres⁵⁸. En l'*universalisme* importa existencialment l'individu, en el *particularisme*, la comunitat.

Per a l'*universalisme*, en última instància, la petició de protecció en una comunitat no pot ser denegada perquè és conseqüència, en alguna forma, d'una exclusió de la comunitat originària (poc importa que es tracti d'una auto-exclusió més o menys voluntària o d'una *expulsió* en el sentit ampli, o que sigui temporal o definitiva), és a dir que quan una comunitat determinada deixa de garantir els drets que tothom té pel fet de ser part d'un conjunt global d'individus, ha de ser substituïda.

En la versió inicial del dret cosmopolita de Kant, tothom tindria un dret individual de desplaçar-se pel món d'estats lliures i de no ser tractat de forma hostil únicament pel

⁵⁶ *Ibidem*, pàg. 88. Aquesta idea també es deriva del seu pensament sobre que la identitat dels ciutadans o de la nació s'ha de cercar no en trets comuns etnoculturals, sinó *en la praxis de ciutadans que exerceixen activament els seus drets democràtics de participació i comunicació*.

⁵⁷ Gregor Noll, *Negotiating Asylum. The EU Acquis, Extraterritorial Protection and the Common Market of Deflection*, op cit., pàg. 74.

⁵⁸ *Ibidem*, pàg. 82.

fet d'haver arribat al territori d'un altre estat. El tercer i darrer article definitiu *per a una pau cosmopolita*, estableix que

*El dret cosmopolita ha de limitar-se a les condicions de l'hospitalitat universal*⁵⁹

Segons aquest dret, es podria refusar l'estranger si es pot fer sense la "ruïna" d'aquest, *però mentre l'estranger es comporti amistosament en el seu lloc no pot l'altre combatre'l hostilment*. És a dir que, llevat d'aquesta prevenció contra conductes no amistoses, pensada per prevenir l'ús del dret cosmopolita per justificar conquestes o colonitzacions, no es pot refusar a l'"estranger". I, en cas que per motius relatius al comportament de l'estat d'origen estigués, en principi, justificat el refús de l'"estranger", només es podria fer si això no el posés en situació de perill. En aquest passatge de la concepció del dret cosmopolita de Kant, Gregor Noll hi veu el reflex d'un cert dret de la societat d'acollida de controlar la composició de la seva població, limitat a la seguretat de la persona refusada, que es reproduceix en la clau de volta del dret del refugi actual, la prohibició de *refoulement*⁶⁰.

En el dret cosmopolita no hi hauria, però, un *dret d'hoste* durant un cert temps, sinó un *dret de visita*⁶¹. És a dir que hi ha un dret de presentar-se a una societat, ja que ningú té originàriament més dret que els altres d'estar-se en un determinat lloc de la terra, però això no va més enllà de les *condicions de possibilitat per intentar* un tràfic amb els antics habitants. No es tracta d'un *dret* que permetel simple aprofitament de les condicions d'un altre poble, sinó el dret de tenir la possibilitat de ser-ne part. I per a Kant, aquesta *idea d'un dret cosmopolita no resulta una representació fantàstica ni extravagant, sinó que completa el codi no escrit del dret polític i del dret de gens en un dret públic de la humanitat, essent un complement de la pau perpètua, en constituir-se com a condició per a una contínua aproximació a ella*⁶².

Com ha posat en relleu Jürgen Habermas dos segles després, la clau del dret cosmopolita és en el fet que es refereix, més enllà dels subjectes col·lectius del dret internacional, a l'estatut de drets individuals dels subjectes, fundant per a aquests una *pertinença directa a l'associació de cosmopolites lliures i iguals*⁶³.

No està justificada la idea crítica sobre que les polítiques de drets humans (reflex actual de l'universalisme del dret cosmopolita) només serveixen per realitzar normes que són part d'una *moral universal*, ja que el concepte de *dret humà* tindria per naturalesa un caràcter jurídic, tot i que el sentit de la seva validesa ultrapassí l'ordre

⁵⁹ Immanuel Kant, *Sobre la paz perpetua* (traducció de Joaquín Abellán), 3ª ed., Madrid: Tecnos, 1991, pàg. 27.

⁶⁰ Gregor Noll, *Negotiating Asylum*, op. cit., pàgs. 77-78.

⁶¹ El dret d'hospitalitat a Kant és un *dret de visita però no de residència*. Félix Duque, *¿Hacia la paz perpetua o hacia el terrorismo perpetuo?*, Madrid: Círculo de Bellas Artes, 2006, pàg. 50.

⁶² Immanuel Kant, *Sobre la paz perpetua*, op. cit., pàg. 30.

⁶³ Jürgen Habermas, *La paix perpétuelle. Le bicentenaire d'une idée kantienne*, traducció de Rainer Rochlitz, Paris: Les Éditions du Clerf, 1996, pàg. 57.

jurídic dels estats. Els drets fonamentals tenen una pretensió de validesa universal perquè tenen una justificació moral, però això no els priva de la seva qualitat jurídica ni els transforma en normes morals⁶⁴.

144. ELS PARTICULARISMES. L'universalisme moral que fonamentava el projecte cosmopolita ha estat criticat des de moltes vessants per diversos autors. Entre ells, Hegel va desenvolupar les contradiccions d'una concepció moral del món autoperformativa⁶⁵; i Carl Schmitt va criticar la manipulació del concepte per a ell *apolític d'humanitat*, i va considerar una equivocació i una *ficció poc honrada* donar per existent una unitat universal o *humanitat* com a valor d'una *política* basada en el pluralisme d'estats⁶⁶.

En aquest context de crítica, les posicions anomenades *particularistes* suposen un acarament de l'*universalisme* de caire cosmopolita en allò que es refereix a la justificació o absència de justificació i ús de les fronteres polítiques, i als límits a la llibertat d'accedir a estats o comunitats alienes.

Els particularismes, en general, parteixen, des del punt de vista ètic, de la idea expressada per Simone Weil sobre que *arrelar-se* és una necessitat important de l'ésser humà. Tot i ser difícil de definir aquesta necessitat, s'entén que la persona humana té *una arrel en virtut de la seva participació real, activa i natural en l'existència d'una col·lectivitat*, i que té necessitat d'arrelar-se amb multiplicitat de lligams o arrels⁶⁷.

Els *particularismes* es basen en que els individus s'organitzen socialment en comunitats que tenen per objecte la distribució racional dels béns i que, per això mateix necessàriament instrumentalitzen la protecció d'aquests. Els estats són en aquest sentit construccions col·lectives que garanteixen una protecció per als seus membres dins de límits relativament tancats, i la seguretat dels individus pressuposa comunitats d'aquest tipus. Per aquest motiu, la seva mateixa existència té un *valor* intrínsec des del punt de vista de la seva utilitat per a les persones.

⁶⁴ *Ibidem*, pàgs. 83-94.

⁶⁵ G.W.F. Hegel, *Fenomenologia del Espiritu* (traducció de Wenceslao Roces), México, etc.:Fondo de Cultura Económica, 1966 (8ª reimpressió 1993), pàgs. 360-368.

⁶⁶ Carl Schmitt, *El concepto de lo político*, versió de Rafael Agapito, Madrid: Alianza Editorial, 1998, pàg. 82-84. Segons aquest autor, *per la seva essència, la unitat política no pot ser universal en el sentit d'una unitat que comprengués el conjunt de la humanitat i de la seva terra (...). La humanitat com a tal no pot fer una guerra, car manca de d'enemic, al menys sobre aquest planeta. El concepte de la humanitat exclou el de l'enemic, ja que ni tan sols l'enemic deixa de ser home, o sigui que no hi ha aquí cap distinció específica. Que es facin guerres en nom de la humanitat no refuta aquesta veritat fonamental, sinó que merament té un sentit polític particularment intens. Quan un estat combat el seu enemic polític en nom de la humanitat, no es tracta d'una guerra de la humanitat sinó d'una guerra en la que un determinat estat pretén apropiar-se d'un concepte universal enfront del seu adversari, amb la finalitat d'identificar-se amb ell (a costa del seu adversari), de la mateixa forma que es pot fer un mal ús de la pau, el progrés, la civilització amb la fi de reivindicar-los per a un mateix negant-los a l'enemic. "La humanitat" resulta ser un instrument d'allò més útil per a les expansions imperialistes, i en la seva forma ètic-humanitària constitueix un vehicle específic de l'imperialisme econòmic* (pàg. 83).

⁶⁷ Simone Weil, *Echar raíces*, traducció de Juan Carlos González Pont i Juan Ramón Capella, Madrid: Trotta, 1996, pàg. 51.

145. Per a Michael Walzer, per exemple, només com a *membres en algun lloc* les persones poden pretendre compartir béns socials com seguretat, riquesa, honor, que, d'altra banda, només la vida comunitària fa possible⁶⁸. La mateixa *idea de justícia distributiva pressuposa un món amb demarcacions*, és a dir, una comunitat política i, per això, el bé primari que distribuïm és el de *la pertinença* en alguna comunitat⁶⁹. S'entén així que, l'admissió i l'exclusió de la comunitat són en el nucli de la independència d'aquesta, ja que *suggereixen el significat més profund de l'autodeterminació*⁷⁰.

Aquesta posició general es matisa quan es confronta la necessitat de preservar la llibertat del membres de la comunitat amb la necessitat dels refugiats de ser admesos en tant que víctimes de persecució en les comunitats d'origen. Aquests, segons Walzer, formulen *les sol·licituds més serioses d'admissió*⁷¹. S'assumeix que, amb alguns refugiats, poden tenir-se les mateixes obligacions que cap als connacionals, com en els casos en que la comunitat és causant de la situació de fugida, o quan hi ha afinitats ideològiques o ètiques que generen vincles polítics. Però com també s'assenyala expressament, aquesta argumentació *no arriba fins a la desesperació del refugiat*⁷².

Michael Walzer sembla entrar en una contradicció fonamental quan s'enfronta a les situacions límit que afecten a persones individuals, ja que, mentre que, després de tenir en compte els esdeveniments de persecució de la segona guerra mundial, diu que desapareix la possibilitat d'opció, i que *en casos extrems, la petició d'asil no pot ser denegada*; finalment, no acaba de trobar en la seva teoria una justificació convincent, i acaba dient que, si bé admetre un gran nombre de refugiats és a vegades *moralment necessari, el dret de restringir el flux segueix sent una característica de l'autodeterminació comunitària*⁷³.

John Rawls, quan es planteja la funció de les fronteres en el dret de gens, considera que en absència d'un estat mundial *cal que hi hagi fronteres d'alguna classe*. També infereix que els pobles tenen al menys un dret qualificat de limitar la

⁶⁸ Michael Walzer, *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad* (traducció de Heriberto Rubio), México: Fondo de Cultura Económica, 1993, pàg. 74.

⁶⁹ *Ibidem*, pàg. 44.

⁷⁰ *Ibidem*, pàg. 73.

⁷¹ *Ibidem*, pàg. 61.

⁷² *Ibidem*, pàg. 62. Per un costat, s'entén que tothom ha de tenir un lloc per viure-hi, i *un lloc on una vida raonablement segura sigui possible*; però aquest *no és un dret que es pugui fer complir contra estats amfitrions específics*, o, al menys mentre no hi hagi un autoritat internacional capaç de fer-lo complir.

⁷³ Michael Walzer, *Las esferas de la justicia, op. cit.* pàg. 63. En el seu discurs Walzer diu que sembla que estem obligats a donar asil per dues raons: *perquè la seva denegació podria obligar-nos a usar la força contra éssers desamparats i desesperats, i perquè el nombre probablement involucrat, excepte en casos extraordinaris, és petit i els asilats són fàcilment assimilats* (!).

immigració, i comparteix amb Walzer la idea que una raó per limitar la immigració és *la protecció de la cultura política i constitucional*⁷⁴.

146. David Miller s'endinsa més en la justificació de l'opció particularista, contraposant-la en tot moment als desafiaments del cosmopolitisme filosòfic i l'internacionalisme polític. Miller es planteja una per una les possibilitats per justificar el principi de la nacionalitat des de la perspectiva de l'universalisme ètic a través de les nocions de consentiment, cooperació o de convenció útil, però conclou que aquests intents estan condemnats al fracàs, és a dir que no es pot adoptar un universalisme ètic mentre es continua donant prioritat als compatriotes en el raonament pràctic. Per a ell, *l'opció és bé adoptar una versió més heroica de l'universalisme que no dona cap significat específic a les fronteres nacionals, o bé adoptar un particularisme ètic i veure si hom es pot defensar contra l'acusació que s'està sucumbint a sentiments irracionals en atribuir importància a les lleialtats nacionals*⁷⁵. En el seu raonament, defensa que l'obligació de protegir els drets bàsics recau en primer lloc en les comunitats nacionals on pertanyen els seus titulars, i que, si això és impossible, després d'intentar influir i persuadir en l'estat perquè proveeixi els bens socials deguts, hi hauria una *obligació general* que recauria igualment en tots els que estiguessin en situació de proporcionar ajut de salvaguardar els drets bàsics d'aquells que es trobessin amenaçats. Arribats però al punt en què s'hauria de triar entre proporcionar aquest ajut als forasters (*outsiders*) o no fer-ho per raons decidides en el si de la comunitat, llavors s'entén que, en determinades circumstàncies, és justificable que es permeti la violació de drets:

*Si ens prenem seriosament la nacionalitat, llavors, haurem d'acceptar també que les obligacions positives de protegir drets bàsics (pe. alleujar la fam) cauen en primer lloc en els connacionals, de manera que els forasters tindrien obligacions en sentit fort al respecte només si fos estrictament impossible la protecció dels drets dins de la comunitat nacional. Si males polítiques o interessos creats en la nació A volen dir que alguns dels seus ciutadans esdevenen necessitats, llavors, si la nació C decideix que els requisits del seu propi benestar signifiquen que no pot permetre's donar res més (o res) als necessitats en A, no haurà violat directament els drets d'aquests; com a molt, haurà permès que siguin violats, i això, en aquestes circumstàncies pot ser justificable*⁷⁶.

En definitiva, tant per a Michael Walzer com per a David Miller, en situacions límit, en l'equilibri fràgil entre els drets dels individus aliens i els drets dels individus de la comunitat, prevaldrien els d'aquests darrers, precisament per la força dels vincles de pertinença que comparteixen, i les finalitats que serveix aquesta comunitat, que s'entén que només podran donar-se en entitats plurals i no a escala universal.

⁷⁴ John Rawls, *El derecho de gentes* (traducció de Hernando Valencia Villa), Barcelona-Buenos Aires-México: Paidós, 2001 (1ª edició en anglès 1999, amb el mateix títol [*The Law of Peoples*] se n'havia publicat una part a *Critical Inquiry* vol. 20, núm. 1, pàgs. 36-68), pàg. 52.

⁷⁵ David Miller, *On Nationality*, Oxford: Clarendon Press, 1995, pàgs. 64-65.

⁷⁶ *Ibidem*, pàg. 79.

147. La traducció del model particularista en el dret i les relacions internacionals parteix de la noció de sobirania, però, fins i tot en la perspectiva dels autors que entenen que el *sistema d'estats* conté elements societaris i, per tant, també de tipus solidari, es considera que no hi ha res que assegurí que transcendir aquest sistema en funció d'aquests principis pot afavorir l'acompliment dels valors *universals*⁷⁷. Per a Hedley Bull, per exemple, duta a l'extrem, la doctrina dels drets humans en el dret internacional és *subversiva* del principi segons el qual els éssers humans s'han d'organitzar en una societat d'estats sobirans i, actualment, *la discussió internacional dels drets i deures humans en el dret internacional és més un símptoma de desordre que d'ordre*⁷⁸.

En aquesta mateixa línia, altres autors han posat en relleu que les visions cosmopolites exageren les *capacitats regulatives del dret*, i que ignoren els obstacles i les *distorsions que la intenció normativa pateix en contextos i àmbits complexos i molt amplis*⁷⁹. Es considera que una autoritat *cosmopolita*, tot i que tingués l'objectiu d'implantar una democràcia liberal, seria intensament *invasiva i intervencionista*, donant lloc a un sistema polític *evolutivament regressiu* en la mesura que *contribuiria a una dràstica reducció de la complexitat i diferenciació del sistema internacional*⁸⁰.

Precisament, una de les crítiques de més importància que els particularismes llencen contra l'universalisme és aquesta reducció entesa com a empobridora i artificial de la complexitat i el pluralisme.

b. L'argument de les fronteres relativament obertes de Joseph H. Carens

⁷⁷ Per a Hedley Bull, per exemple, la qüestió és *quant* de societat o d'elements societaris hi ha en el sistema d'estats, i si bé els canvis *en el* sistema poden obeir a l'increment o intensificació dels elements solidaris, un canvi *de* sistema no sembla que pogués assegurar millor l'*ordre* que el sistema d'estats, que per ell és la *condició de la realització d'altres valors*. Hedley Bull, *The Anarchical Society. A Study of Order in World Politics*, 2^a ed., Nova York: Columbia University Press, 1995, pàg. 92 i Capítol 10 "Alternatives to the Contemporary States System".

⁷⁸ *Ibidem*, pàgs. 146-147. Literalment, *Carried to its logical extreme, the doctrine of human rights and duties under international law is subversive of the whole principle that mankind should be organised as a society of sovereign states. For, if the rights of each man can be asserted on the world political stage over and against the claims of his state, and his duties proclaimed irrespective of his position as a servant or a citizen of that state, then the position of the state as a body sovereign over its citizens, and entitled to command their obedience, has been subject to challenge, and the structure of the society of sovereign states has been placed in jeopardy. The way is left open for the subversion of the society of sovereign states on behalf of the alternative organising principle of a cosmopolitan community. Similarly the proposition that international or so-called supranational bodies are subjects of international law carries with it the seeds of subversion of the society of sovereign states in favour of an organising principle in which an international or supranational body, or a series of such bodies, has displaced sovereign states as the chief repositories of rights and duties on the world political stage. To take this point of view is not to argue that the attempt to establish human rights and duties in international law is unfortunate or undesirable; this would be to commit the error of treating order as the only or the commanding value. It is simply to observe that in our own times the international discussion of human rights and duties in international law is more a symptom of disorder than of order.*

⁷⁹ Danilo Zolo, *Cosmópolis. Perspectiva y riesgo de un gobierno mundial*, traducció de Rafael Grasa i Francesc Serra, Barcelona-Buenos Aires-México: Paidós, 2000, pàg. 225.

⁸⁰ *Ibidem*, pàg. 207.

148. Provocat per les conseqüències que comportaven les *Spheres of Justice* de Michael Walzer publicades l'any 1983, Joseph H. Carens va compondre el nucli de la seva teoria de les *fronteres obertes* en un article de 1987 que duia per títol "Aliens and Citizens: The Case for Open Borders", i que incloïa una crítica explícita de la teoria de Walzer. Carens considerava en aquest article que la idea que el poder d'admetre o excloure estrangers és inherent a la sobirania i essencial per a qualsevol comunitat política és una idea equivocada, i defensava que *les fronteres haurien d'estar generalment obertes i que la gent hauria de ser normalment lliure de deixar el seu país d'origen i d'establir-se en un altre, subjecte només als tipus de restriccions que vinculen als ciutadans actuals en el nou estat*⁸¹.

Carens dóna força als seus arguments fent un repàs de tres aproximacions doctrinals que prioritzen l'individu envers la comunitat. Segons ell les aportacions tant de Nozick, com de Rawls o dels utilitaristes ofereixen poca justificació per restringir la immigració i, a partir d'aquí, construeix una sèrie d'arguments *per a unes fronteres (relativament) obertes*.

L'aplicació de l'anàlisi de la teoria de la justícia de Rawls a la qüestió de la legitimitat dels controls de la immigració és la que planteja les qüestions més fonamentals. Segons Carens, partint d'aquesta teoria, *(l)es restriccions estarien justificades només si hi hagués una 'expectativa raonable' que una immigració il·limitada lesionaria l'ordre públic, basada en 'evidència i formes de raonament acceptables per tothom' i, només, en la mesura necessària per preservar aquest ordre públic*⁸². D'altra banda, si estiguessin justificades restriccions a la immigració, s'hauria de donar *prioritat a aquells que cerquen immigrar perquè se'ls ha denegat les llibertats bàsiques per sobre dels que cerquen immigrar simplement per raons d'oportunitats econòmiques*⁸³. En definitiva, si bé una teoria no ideal dóna arguments per restringir, ni que només sigui molt limitadament la immigració, una teoria ideal sosté *el principi de la lliure immigració com a una part essencial de l'ordre social just cap a on cal anar*⁸⁴.

Carens també analitza com Walzer s'enfronta a la situació límit des de la idea que l'exclusió es justifica pel dret de les comunitats a l'autodeterminació. Per a aquest darrer, com ja s'ha dit, hi hauria una obligació de proporcionar ajuda a d'*altres* que estiguin en situació de terrible necessitat, fins i tot si no s'han establert lligams amb aquests, admetent-los o proporcionant-los recursos. Però Carens destaca el problema principal en el punt de partida, és a dir, en la presumpció de que hi ha un dret d'entrar o

⁸¹ Joseph H. Carens, "Aliens and Citizens: The Case for Open Borders", *The Review of Politics*, vol. 49, núm. 2, 1987, pàg. 251.

⁸² *Ibidem*, pàg. 259.

⁸³ *Ibidem*, pàg. 260.

⁸⁴ *Ibidem*, pàg. 262.

que aquest no es té, perquè, en definitiva, és a partir d'aquesta qüestió que s'acararan les diferents situacions previsibles. La càrrega de la prova de que no s'està en la situació general recaurà bé en la comunitat de rebuda, bé en el demandant d'asil.

La crítica de Carens a les conseqüències del comunitarisme de Walzer es centren en dos punts. Per un costat, la manca de justificació per que es pugui legítimament restringir la circulació de persones entre estats, mentre es considera tant important la llibertat de circulació dins de l'estat, que fa que també es passin per alt les demandes de comunitats polítiques no estatals o subestatals. Per a Carens, caldria oferir una justificació d'allò que moralment distingeix l'estat-nació com a forma de comunitat política, que una analogia que fa Walzer amb les relacions de membres d'un club no ofereix: no és el mateix la llibertat d'associació en l'esfera privada que les demandes d'igualtat de tractament en l'esfera pública. Si bé és veritat que, des d'una perspectiva particularista es pot sostenir que l'exigència d'igual tractament s'apliqui completament només als que ja són membres de la comunitat, com exposa Carens, això pot ser una descripció acurada de la realitat, però la qüestió és precisament *perquè això hauria de ser així*⁸⁵.

Per un altre costat, Carens posa en relleu la contradicció interna de la tesi de Walzer pel fet que la seva argumentació es fonamenta en la tradició i la cultura de la *nostra* comunitat, de la qual n'és part central indefectiblement el liberalisme, incompatible amb una política restrictiva de la immigració. Walzer diu que la comunitat política està limitada per principis de justícia a l'hora d'admetre treballadors estrangers sense donar-los la oportunitat d'esdevenir ciutadans, però això no se sap ben bé si es predica per a qualsevol societat o bé per a una com la *nostra*:

*Si els estats tenen un dret d'autodeterminació, concebut ample, hauran de tenir un dret d'escollir formes i practiques polítiques diferents de les de les democràcies liberals. Això segurament inclou el dret d'establir ciutadans de segona classe i també el dret de determinar altres aspectes de les polítiques d'admissió d'acord amb els seus propis principis. Però si la qüestió és què ha de fer la nostra societat (o una amb els mateixos valors bàsics), llavors, la qüestió és diferent per als treballadors convidats i per als altres estrangers. És correcte dir que la nostra societat ha d'admetre els treballadors que s'ha convidat a una ciutadania completa. Qualsevol altra cosa és incompatible amb els nostres principis liberal democràtics. Però així ho és una política restrictiva d'immigració*⁸⁶.

Com assenyala Carens, qualsevol que com Walzer es fonamenti en la tradició i la cultura de la *nostra* comunitat es troba davant de la *paradoxa metodològica* que el liberalisme és una part essencial de la nostra cultura:

Per a persones que es troben en una tradició moral diferent, una que assumís diferències morals fonamentals entre els que són dins de la societat i els que en són fora, les restriccions a la immigració poden ser fàcils de justificar. Els altres poden simplement no comptar o, al menys, no comptar massa. Però nosaltres no podem

⁸⁵ *Ibidem*, pàg. 268.

⁸⁶ *Ibidem*, pàg. 268-269.

*deixar de banda els estrangers fonamentant-nos en que són uns altres, ja que nosaltres som productes d'una cultura liberal*⁸⁷.

Carens acaba dient que, certament, no creu que la *migració lliure* sigui immediatament accessible però que és un objectiu que s'ha de tenir present. En societats liberals, els límits han de ser *compatibles amb els principis liberals*. Segons ell, és possible que una immigració oberta canviï el caràcter de les comunitats, però això no les farà entitats mancades de caràcter, sinó que farà possible *noves formes de vida*⁸⁸.

149. EL DEBAT POSTERIOR. Alguns anys després d'aquest article, Joseph H. Carens ha aprofundit més en alguns plantejaments i n'ha matisat d'altres, però ha mantingut el nucli central d'aquest plantejament inicial exposat el 1987, quan ha contestat als desafiaments que li han posat successivament Peter C. Meilaender i John Isbister.

El primer considera que si bé en el fons Carens ha continuat mantenint la tesi de que la *justícia requereix fronteres obertes* amb posterioritat al moment de la seva formulació, el seu mateix autor l'hauria temperat davant l'ampli desacord suscitat per part dels mateixos *liberals* (fins i tot Rawls a *El derecho de gentes* defensa posicions contràries⁸⁹), i també pel fet que, en definitiva, seria una tesi *incompleta* degut a que es fa recolzar gairebé exclusivament l'objecte de les fronteres obertes amb una determinada interpretació de principis liberals⁹⁰. Quan Carens s'enfronta a aquestes crítiques, per un costat defensa que l'argument de les fronteres obertes no pressuposa necessàriament un compromís amb els principis liberals, tot i que només arriba a argumentar-ho dient que si es mira com un dret humà *tots els estats estarien obligats a obrir les seves fronteres*; i, per l'altre, acara la crítica de la manca de conformitat dels liberals amb la seva tesi dient que, en definitiva, des de principis liberals ningú no hauria raonat perquè hi hauria un dret general d'exclusió o de tancament i que, en definitiva, no es tracta de veure què és factible i què no, sinó de considerar la qüestió *des de la perspectiva de què requereix la justícia liberal en un món (relativament) just*⁹¹.

John Isbister accepta el repte plantejat per Carens i fa un repàs de les justificacions que han estat donades des de punts de vista liberals per restringir la immigració, sota els noms d'*eficiència* (millor podran ajudar les persones properes); *impossibilitat* (no existiria una obligació moral de fer coses impossibles, com quan

⁸⁷ *Ibidem*, pàg. 269. La qüestió és encara més profunda com apunta Carens, ja que, en efecte, *prendre la nostra comunitat com a punt de partida és prendre una comunitat que expressa els seus punts de vista morals en termes de principis universals*. Quan Walzer diu que els estats no poden expulsar els residents que un nou govern o la resta de persones veuen com a estrangers, està fent una afirmació sobre què està bé i què està malament per a *qualsevol* estat, no només per al propi o per a un que comparteix els mateixos valors bàsics que *els nostres* (pàg. 269).

⁸⁸ *Ibidem*, pàg. 270-271.

⁸⁹ *Vid. npp* núm. 74.

⁹⁰ Peter C. Meilaender, "Liberalism and Open Borders: The Argument of Joseph Carens", *IMR*, vol. 33, núm. 4, 1999, pàgs. 1062-1081.

⁹¹ Joseph H. Carens, "Reconsidering Open Borders", *IMR*, vol. 33, núm. 4, 1999, pàgs. 1082-1097.

l'ajut a d'altres impliqués la desaparició de les economies pròpies); *santedat moral* (els estàndards de justícia que obliguen les persones a ser *santes* no són reals); i *connexions desiguals* (o que la justícia entre persones només seria rellevant sota condicions de reciprocitat i aquesta únicament seria possible dins de fronteres i no a través d'elles)⁹².

En aquest sentit, l'obligació de justícia en els estrangers, si existís, seria més dèbil que la mateixa obligació en els compatriotes, per la debilitat de les connexions institucionals i emocionals. Entre els arguments liberals per restringir la immigració n'hi hauria dos que destacarien: primer, estaria justificat que un estat satisfés les necessitats dels seus propis ciutadans desafavorits abans que les dels estrangers en la mateixa situació, i; segon, una immigració il·limitada suposaria un perill per a les persones més desafavorides residents en els estats rics. De tota manera, Isbister no creu que aquests arguments justifiquin que en qualsevol situació un estat pugui limitar l'accés al seu territori. Caldria trobar un compromís entre les demandes de les persones de dins i les de fora: *ni fronteres completament obertes ni estrictament tancades, sinó alguna cosa entre un i altre*⁹³.

Finalment, és aquesta reflexió de Isbister la que permet a Carens aprofundir les seves tesis en el sentit de perquè i fins a quin punt una justícia liberal justifica l'argument de les fronteres obertes. Carens considera que

*L'argument de les fronteres obertes proporciona una forma de fer sortir a la llum aquesta profunda injustícia del món actual (... És una perspectiva útil perquè la nostra responsabilitat quan impedim que la gent immigrï és clara i directa mentre que la nostra responsabilitat en la pobresa i la opressió arreu sovint no és tant obvia, al menys per a moltes persones. Hem d'utilitzar una força evident per evitar que la gent es mogui. Hem de menester fronteres amb barreres i guardes amb armes per mantenir a fora gent que té per únic objectiu treballar fort per construir una vida decent per a ells mateixos i els seus fills. I això és quelcom que hem de canviar. Al cap i a la fi, podem deixar que hi hagi més gent dins. El nostre refús de fer-ho és una tria que fem, que evita que molts d'aquests tinguin una oportunitat d'una vida decent*⁹⁴.

Per a Carens, l'argument de les fronteres obertes posa en qüestió *la certesa complaent que no hi ha res de fonamentalment injust en la forma com hem construït les nostres vides col·lectives i en les nostres decisions d'excloure els altres dels recursos socials de què gaudim*. D'altra banda, incideix també en el fet que, centrar la qüestió en la possible competència pel que fa a obtenció de recursos entre els pobres de les societats riques i els possibles immigrants que hi accedeixin, és simplement una forma de distreure l'atenció sobre una realitat injusta no només a l'interior, sinó també cap enfora. Carens accepta també en aquesta ocasió que potser la seva tesi no és

⁹² John Isbister, "A Liberal Argument for Border Controls: Reply to Carens", *IMR*, vol. 34, núm. 2, 2000, pàgs. 629-635.

⁹³ *Ibidem*, pàg. 635.

⁹⁴ Joseph H. Carens, "Open Borders and Liberal Limits: A Response to Isbister", *IMR*, vol 34, núm. 2, 2000, pàg. 637.

immediatament traduïble en una política realista, però la seva perspectiva normativa és diferent de la seva viabilitat i, per contra, *té una funció heurística, revelant-nos algunes coses sobre el caràcter específic de les tares morals del món en què vivim (...), ens serveix com a guia de com hem de pensar sobre la legitimitat fonamental dels compromisos socials que governen les nostres vides*⁹⁵.

*c. Els demandants d'asil en el debat entre universalisme i particularismes: el cosmopolitisme forçat*⁹⁶

150. Segurament qui d'una forma més clara va exposar en els anys posteriors a la segona guerra mundial la problemàtica de l'existència de refugiats i apàtrides en el sistema internacional va ser Hannah Arendt, que assenyalava com *els drets humans, suposadament inalienables, van demostrar ser inaplicables –fins i tot en països les constitucions dels quals estaven basades en ells- allí on hi havia persones que no semblaven ser ciutadanes d'un estat sobirà*⁹⁷.

El dret internacional de l'asil i el refugi s'inscriu en un marc normatiu que s'aplica en un sistema on el centre de gravetat és l'estat. Els principis que regeixen aquesta societat giren entorn d'aquesta figura, des dels principis de sobirania, igualtat o no intervenció, fins als principis que s'incorporen en el procés d'humanització del dret internacional de mitjans del segle XX. Ni amb la inclusió dels principis relatius a la protecció dels drets humans l'estat no ha deixat mai de ser el principal centre d'interès, car els drets humans es configuren principalment com a límits a l'exercici de poder estatal. Per definició, els refugiats i demandants d'asil són entitats que estan fora d'aquest marc definit a partir de l'estat, són vistos com a una anomalia en aquest entorn i, per això, el règim de protecció internacional és un règim *incomplet*, que *abasta imperfectament allò que hauria de ser una situació d'excepció*⁹⁸.

L'existència de demandants d'asil i, sobretot, l'abast que aquest fenomen té en un context de migracions forçoses de gran abast, fan cada cop més difícil tractar-los com a excepció, i posen en qüestió la configuració del mateix marc des del que s'observen. En aquest context, només si el centre de gravetat passés a ser l'individu i no l'estat, la gestió de la problemàtica que presenten els demandants d'asil deixaria de ser excepcional i, potser, fins i tot necessària.

⁹⁵ *Ibidem*, pàg. 643.

⁹⁶ Amb aquesta expressió anomena Stanley Hoffmann el fenomen dels refugiats, que *from victimized objects they have to become cosmopolitan subjects*. Stanley Hoffmann, *Duties beyond Borders. On the Limits and Possibilities of Ethical International Politics*, Syracuse-New York: Syracuse University Press, 1981 (reimpressió de 1986), pàg. 224.

⁹⁷ Hannah Arendt, *Los orígenes del totalitarismo*, traducció Guillermo Solana, Madrid: Taurus, 1998, pàg. 371.

⁹⁸ Guy S. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law*, 2^a ed., Oxford: Clarendon Press, 1996, pàg. v.

151. Entre un i altre, en definitiva, entre *universalisme* i *particularisme*, hi ha infinits punt intermedis en una vasta zona gris. Alguns elements en el marc *societari* actual són indicis d'una possible evolució i progressiu canvi de paradigma en què l'universalisme sigui un element finalista o tendencial. En el cas dels demandants d'asil, l'esquema interestatal demostra la seva ineficàcia creixent, i fa necessàries estratègies de gestió comuna dels fluxos en el si de marcs més amplis, de tipus regional o universal. A Europa, la superació del marc estatal podria tenir una primera possibilitat en els espais públics europeus, en un àmbit regional on els estats siguin únicament mitjans (territori) en la realització de polítiques d'entitats i grups multi-identitaris.

Amb la pèrdua de pes específic de l'estat en el context actual de globalització, els refugiats i els demandants d'asil esdevenen figures incòmodes per al sistema internacional, ja que trenquen la identitat entre home i ciutadà, i fan trontollar la ficció original de la sobirania⁹⁹. La internacionalització dels drets humans entorn de les Nacions Unides va desdibuixar la identificació entre drets i ciutadania, fent dels primers un estatut lligat al fet únicament de ser humà. Però com ha posat en relleu Luigi Ferrajoli, ha estat just en aquests darrers anys, aproximadament des de finals dels vuitanta, quan s'han relançat les tesis que identifiquen drets amb ciutadania, precisament quan *els nostres acomodats països i les nostres acomodades ciutadanes han començat a estar amenaçades pel fenomen de les migracions massives*, és dir que, *arribat el moment de prendre seriosament els drets fonamentals es nega la seva universalitat*¹⁰⁰. Aquest fet s'ha dit que podia obeir a la necessitat de donar un fonament teòric a les polítiques de l'estat del benestar i als drets socials, però, més enllà d'això, comporta que *la ciutadania ve a ocupar el lloc de la igualtat com a categoria bàsica de la justícia i la democràcia*¹⁰¹.

Els processos lligats a la globalització, les pressions migratòries, etc. tendeixen, no obstant, a fer esclatar aquestes antinòmies i a fer que el *dret d'asil* tal com s'entén avui no acabi d'encaixar. Segons ha expressat Ferrajoli,

El dret d'asil té un vici d'origen i és que representa, per dir-ho així, l'altra cara de la ciutadania i de la sobirania, és a dir, del límit estatista imposat per aquestes als drets fonamentals. A més, tradicionalment ha estat sempre reservat només a refugiats per persecucions polítiques, racials o religioses, i no als refugiats per lesions al dret a la subsistència. Aquests pressupòsits tant restringits reflecteixen una base paleoliberal del constitucionalisme, on, per un costat, els únics drets fonamentals reconeguts eren els drets polítics i de llibertat negativa, de les

⁹⁹ Per a David Warner, destrueixen la vella trinitat *estat-nació-territori*. David Warner, "The refugee state and state protection", Frances Nicholson & Patrick Twomey (eds.), *Refugee Rights and Realities. Evolving International Concepts and Regimes*, Cambridge: Cambridge University Press, 1999, pàg. 255.

¹⁰⁰ Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley de más débil*, traducció de Perfecto Andrés Ibáñez i Andrea Greppi, 2^a ed., Madrid: Trotta, 2001, pàg. 55.

¹⁰¹ *Ibidem*, pàg. 56.

violacions dels quals eren víctimes només reduïdes èlits percebudes per les èlits liberals dels països d'acollida com els seus 'semblats' (...) ¹⁰².

152. El refugiat i el demandant d'asil són símbols del fenomen que s'ha anomenat procés de *desterritorialització* de l'estat que acompanya els canvis en les relacions polítiques, jurídiques, i d'espais que produeixen noves formes de relació¹⁰³. La mundialització econòmica ha conduït a la desterritorialització de l'economia i de la cultura¹⁰⁴, i a la crisi de la forma estatal del dret. L'estat ha deixat de ser el nucli de referència i ha passat a ser un actor més, un *estat obert, permeable, porós*¹⁰⁵, amb tasques noves imprescindibles per tal d'establir una *línia de resistència* que preservi la societat *dels efectes més devastadors del procés de mundialització econòmica*¹⁰⁶. Com apunta Pedro Mercado,

l'altra cara del cosmopolitisme de mercat és la misèria del Sud, el 'planeta dels naufragats' del model de desenvolupament occidental,

i per això,

el veritable cosmopolitisme de la idea universal dels drets humans no passa avui pel seu reconeixement jurídic, ni tan sols pel seu fonament ètic, sinó per l'existència de vincles precisos, de garanties jurídiques efectives, recursos de poder democràtic i social per a un autogovern de les condicions de vida concretes en què viuen els habitants d'aquest planeta ¹⁰⁷.

En definitiva, tot això mostra que hi ha dues formes d'observar el fenomen actual dels fluxos de demandants d'asil, bé com a elements atípics, categories especials de persones en un món que funciona a partir de la figura de l'estat i de la ciutadania com a vincle entre els individus i aquest món; bé com a paradigmàtics *en el sentit d'una representació física de la dislocació de la condició moderna*¹⁰⁸. Per això, en paraules de David Warner,

El problema que estem afrontant ara és la naturalesa de l'excepcionalisme de la situació del refugiat. La situació del refugiat és excepcional perquè el refugiat simplement està fora d'alguna responsabilitat estatal? O, (...) la situació del refugiat és excepcional per causa de la desterritorialització de la trinitat (estat-nació-territori), la violència inherent de l'estat, i la incapacitat del conjunt d'estats de satisfer de forma conseqüent les seves obligacions quant a drets humans? Sense entrar en un complicat examen d'aquesta situació sembla que una part de tots tres

¹⁰² *Ibidem*, pàg. 58.

¹⁰³ David Warner, "The refugee state and state protection", *loc. cit.*, pàgs. 255-256.

¹⁰⁴ John Tomlinson, *Globalización y cultura*, traducció de Fernando Martínez Valdés, México: Oxford University Press México, 2001, pàgs. 125-176.

¹⁰⁵ Juan Ramón Capella, *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del estado. Cuaderno marrón*, Madrid: Trotta, 2ª ed., 1999, pàgs. 257-267.

¹⁰⁶ Pedro Mercado Pacheco, "Transformaciones económicas y función de lo político en la fase de la globalización", *Anales de la Cátedra Francisco de Suárez*, vol. 32, 1995, pàgs. 101-137.

¹⁰⁷ *Ibidem*, pàgs. 104 i 134-135.

¹⁰⁸ David Warner, "The refugee state and state protection", *loc. cit.*, pàgs. 253-254.

*és correcta. És a dir, estem assistint a una mobilitat tècnica en que certs aspectes de l'autoritat i territorialitat estatals estan certament canviant. A més a més, estem veient cada cop més i més estats que són incapaços de o que no estan disposats a complir amb els deures més bàsics de govern. Finalment, estem presenciant estats en què les violacions òbvies de drets humans estan causant fluxos de refugiats*¹⁰⁹.

c.1. Les formulacions més recents d'universalisme: Habermas i de Lucas

153. LA RENOVACIÓ DE L'UNIVERSALISME EN JÜRGEN HABERMAS. Darrerament, hi ha hagut autors que han reprès arguments d'una i altre perspectiva, *universalista i particularista*, integrant-hi elements que tenen en compte problemàtiques recents relatives a les poblacions migrants o les minories, com és el cas de Jürgen Habermas, Javier de Lucas, Will Kymlicka, i Brian Barry. Els dos primers defensen posicions més properes a concepcions *universalistes*, tot i que recollint idees pròpies dels defensors del nacionalisme o de l'estatisme; mentre que els dos últims, malgrat un cert maquillatge *cosmopolita*, parteixen de postulats *particularistes*.

Jürgen Habermas fa una expressió d'*universalisme* renovat a partir de la seva concepció de *ciutadania democràtica*. Fins fa ben poc, segons ell, l'espai públic-polític ha estat fragmentat en estats nació, però hi ha possibilitats d'acció política col·lectiva que transcendeixen els límits d'aquests estats. Per a Jürgen Habermas, una cultura política liberal és el mitjà cívic i polític compartit en què es sosté un *patriotisme de la Constitució* que *aguditza ensems el sentit per a la diversitat i la integritat de les diferents formes de vida coexistents en una societat multicultural*¹¹⁰. Ell aplica això al context europeu actual i considera que

*També en un futur estat federal europeu hauran d'interpretar-se els 'mateixos' principis jurídics des de la perspectiva de tradicions nacionals 'diferents' i d'històries nacionals diverses. La tradició pròpia haurà de ser en cada cas reapropiada des d'un punt de vista relativitzat des de la perspectiva dels altres, de tal manera que pugui ser introduïda en una cultura constitucional europeu-occidental compartida transnacionalment*¹¹¹.

Habermas observa en això un element tradicionalment particularista, però considera que *un ancoratge particularista d'aquest tipus no sostrauria absolutament res de llur sentit universalista a la sobirania popular i als drets humans*¹¹². I, en definitiva, conclou d'això que *la ciutadania democràtica no necessita estar arrelada en la identitat nacional d'un poble*, tot i que exigeix, al marge de la multiplicitat de formes de vida diferents, la *socialització de tots els ciutadans en una cultura política comuna*¹¹³. És a dir que, la comunitat política de referència s'entén en un sentit

¹⁰⁹ *Ibidem*, pàg. 265.

¹¹⁰ Jürgen Habermas, *Ciutadania Política i Identitat Nacional*, loc. cit., pàg. 73.

¹¹¹ *Ibidem*, pàg. 73.

¹¹² *Ibidem*, pàg. 73.

¹¹³ *Ibidem*, pàg. 73.

universalista, independentment de la pluralitat de formes de vida que s'hi identifiquin. La *identitat* de la comunitat política, per dir-ho així, depèn dels *principis jurídics ancorats en la cultura política i no en la totalitat d'una forma de vida ètnico-cultural particular*¹¹⁴.

D'altra banda, Habermas lliga la seva construcció amb la de les fronteres obertes de Carens quan considera que la identitat de la comunitat no es vulnera amb la immigració, ja que allò que s'espera dels immigrants és que estiguin disposats a integrar-se en la *cultura política* del nou país, sense que això suposi renunciar a les formes de vida culturals del lloc d'origen; *l'aculturació política que s'exigeix no abasta la totalitat de la seva socialització*¹¹⁵. La immigració, com deia Carens, canvia el caràcter de la comunitat, però no la deixa sense cap caràcter.

Finalment, la *ciutadania democràtica* així configurada duria com a conseqüència que els estats europeus s'haurien de posar d'acord en una política liberal d'immigració, que, d'altra banda, seria l'única forma de no contrariar la tendència cap a una *cosmociutadania* a partir d'una cultura política comuna. Segons ell,

*Davant l'afluència massiva d'immigrants i refugiats aquests Estats no poden pas atrinxer-se rera la còmode barricada del xovinisme del benestar. El dret democràtic a l'autodeterminació inclou certament el dret a la preservació d'una cultura 'política' pròpia que constitueix un context concret per als drets ciutadans; però no inclou el dret a l'autoafirmació d'una forma de vida 'cultural' privilegiada. En el marc de la Constitució d'un estat democràtic de dret poden coexistir, amb igualtat de condicions, múltiples formes de vida. Aquestes han de superposar-se en alguna cultura política comuna, que, al seu torn, està oberta als estímuls procedents de noves formes de vida*¹¹⁶.

Jürgen Habermas considera que hom ha de tenir una visió més ampla de les possibilitats de desenvolupar-se en un món lliure i igual per a tots, i que aquest propòsit no necessàriament queda reduït, a la pràctica, en llibertats i igualtats parcials en el context d'estats nacionals. Segons ell, *solament una ciutadania democràtica que no es reclogui en si mateixa de forma particularista pot preservar el camí per a un status de 'ciutadà del món'*¹¹⁷ que, avui, segons ell, ja pren forma en les comunicacions polítiques mundials. De tota manera, com en el cas de Joseph H. Carens, es veu més com a un objectiu a tenir present que com una realitat factible a curt termini:

*El cosmopolitisme (...) ha deixat de ser un mer fantasma, malgrat la llarga distància que encara ens en separa. Ciutadania –entesa, com fins ara, en termes estatals- i universalisme –en tant que condició ampliada de ciutadà del món-, constitueixen un 'continuum' que, si més no, ja comença a perfilar-se*¹¹⁸.

¹¹⁴ *Ibidem*, pàg. 94.

¹¹⁵ *Ibidem*, pàg. 94-95.

¹¹⁶ *Ibidem*, pàg. 95.

¹¹⁷ O *cosmociutadania*, com afegeix a l'edició de *Facticidad y Validez*, op. cit., pàg. 643.

¹¹⁸ Jürgen Habermas, *Ciutadania Política i Identitat Nacional*, loc. cit., pàg. 96.

154. LA RENOVACIÓ DE L'UNIVERSALISME EN LA DOCTRINA ESPANYOLA SOBRE MIGRACIÓ. A Espanya, Javier de Lucas defensa postulats de caràcter marcadament universalista, i segueix Jürgen Habermas en els arguments que s'han presentat darrerament. Per a Javier de Lucas l'asil no es pot limitar a la absència de refús, sinó que qui cerca protecció ha de tenir la cobertura del dret que proporciona una comunitat política, i això es justifica a partir dels valors en què s'arrela el dret d'asil, que per a ell són: *humanitas*, solidaritat, emancipació i supervivència. El principi de *humanitas* afirma la irreductibilitat de l'home al ciutadà, suposa que hi hauria un deure d'humanitat universal envers el gènere humà basat en la *dignitat radical de l'home*, i condueix a la idea que hi ha una *comunitat de gènere humà*. La idea de solidaritat duu a la consideració que existeix una *corresponsabilitat comuna* quan les comunitats polítiques es troben en la impossibilitat de complir amb els seus compromisos envers les persones. Finalment, supervivència seria la condició necessària de l'emancipació, i aquesta un valor de llibertat de l'ésser humà¹¹⁹. D'altra banda, de Lucas posa en qüestió la justificació del dret d'asil en la solidaritat democràtica amb les víctimes de persecució política, si s'entén que aquesta exclou aquells que són *víctimes d'un ordre econòmic internacional que bé podria considerar-se un ordre políticament injust, atemptatori contra els drets humans, en la mesura que crea i sosté aquestes situacions*¹²⁰.

c.2. Les formulacions més recents de particularisme: Kymlicka i Barry

155. ELS IMMIGRANTS EN LES SOCIETATS LIBERALS PER A WILL KIMLICKA. Des d'una perspectiva ben diferent d'aquesta darrera acaren Will Kimlicka i Brian Barry les qüestions relatives a la legitimitat de comunitats polítiques tancades o obertes, i les implicacions per a l'accés en general de nous membres.

En el primer cas, Will Kymlicka reprèn la qüestió que era objecte de la primera crítica de Carens a Walzer per les *Spheres of Justice* i redefineix les comunitats polítiques estatals de les que partia aquest darrer en comunitats polítiques multiculturals amb ciutadanes multiidentitàries, que necessiten trobar punts d'encontre internacionals per a la gestió dels problemes comuns¹²¹. La conseqüència acceptada per Carens que una migració oberta podria fer possible noves formes de vida al preu de destruir-ne de velles¹²² no és admesa per Kymlicka que hi veu en això un risc per al pluralisme i que

¹¹⁹ Javier de Lucas, "Fundamentos filosóficos del derecho de asilo", *loc. cit.*, pàg. 41-47.

¹²⁰ Javier de Lucas, *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Madrid: Temas de Hoy, 1994, pàg. 233.

¹²¹ El canvi de perspectiva des de la definició de la identitat exclusivament per una relació exclusiva amb un estat, cap a una definició que té en compte altres lleialtats col·lectives, d'una identitat amb moltes més textures (*much more textured*) és descrit d'una forma molt clara des de la perspectiva internacional per Thomas Franck, "Personal Self-Determination: The Next Wave in Constructing Identity", A. Angie, G. Sturgess (eds.) *Legal Visions of the 21st Century. Essays in Honour of Judge Christopher Weeramantry*, The Hague: Kluwer International Law, 1998, pàgs. 241-260.

¹²² Joseph H. Carens, "Aliens and Citizens: The Case for Open Borders", *loc. cit.*, pàg. 271.

atorga un valor instrumental a les formes de vida minoritàries, per a la qual cosa postula la reformulació de l'ordenació social en comunitats i formes de ciutadania multiculturals.

En un escrit de 2001, Will Kymlicka i Christine Straehle parteixen de la idea que alguns postulats del nacionalisme liberal continuen sent vàlids, com ara que la identitat nacional és important per a la llibertat i el propi respecte de la gent, i que una identitat nacional comuna serveix a molts valors liberal democràtics legítims. I defensen que car que no es pot garantir a totes les minories nacionals el seu propi estat, i que fer coincidir *estat* amb *nació* implicaria la destrucció d'aquestes minories, és necessari repensar l'ordenació del món a partir d'*unitats polítiques rellevants multinacionals*. Cal pensar en els estats com a federacions de pobles autogovernats o *federalisme multinacional*, i això sense necessitat de renunciar a institucions polítiques internacionals que transcendeixin les fronteres i que, des d'una concepció més *cosmopolita* de la democràcia i la governabilitat, s'ocupin d'aquestes qüestions¹²³.

De tota manera, Will Kymlicka manté enfront de les crítiques que autors com el mateix Joseph H. Carens van formular a la seva construcció teòrica sobre la ciutadania multicultural, l'essencial d'aquesta teoria que, en definitiva, és un model *culturalista liberal* de reconeixement de drets especials a les minories com a resposta als processos de construcció *nacional*. Kymlicka distingeix des de la perspectiva multiculturalista, pel que fa al seu tractament, les minories *nacionals* dels grups etnoculturals d'immigrants. En el primer cas, es tractaria d'una lluita per mantenir o reconstruir la pròpia cultura societal i emprendre una construcció nacional concurrent o en paral·lel a la de la cultura societal majoritària; mentre que en el segon, es tractaria d'integrar els immigrants en condicions justes.

Segons ell, el tracte diferencial reflecteix diferents aspiracions, així com un sentit diferent de les legítimes expectatives: les minories nacionals abans de ser incorporades a l'estat tenien una cultura societal que és el context més adequat per a l'autonomia dels membres i, en canvi, en el cas dels immigrants, la seva integració seria *el resultat de la decisió voluntària d'emigrar, i l'única forma viable d'assolir la seva llibertat i igualtat*¹²⁴. "Única" perquè s'entén que els grups d'immigrants no tenen el tipus de concentració territorial ni les institucions històriques necessàries per mantenir una cultura societal viva. D'altra banda, s'estableix una diferència entre aquests grups i tota una altra sèrie de grups com els immigrants en situació il·legal, que formarien part de la

¹²³ Will Kymlicka, Christine Straehle, *Cosmopolitismo, Estados-nación y nacionalismo de las minorías. Un análisis crítico de la literatura reciente* (traducció de Karla Pérez Portilla i Neus Torbisco Casals), México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, pàgs. 77-81. Aquest escrit ha estat publicat també com a capítol 9 de l'obra de Will Kymlicka, *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*, traducció de Tomás Fernández Aúz i Beatriz Eguibar, Barcelona: Paidós, 2003, pàgs. 245-272.

¹²⁴ Will Kymlicka, "¿Es necesaria una teoría liberal de los derechos de las minorías? Respuesta a Carens, Young Parekh y Forst", dins de *La política vernácula, op. cit.*, pàg. 81.

categoria de *metecos* perquè per a ells l'estratègia de l'estat no és fer-los ciutadans a mig o llarg termini sinó la seva expulsió¹²⁵.

Will Kymlicka ha refusat expressament les crítiques que es refereixen a la categorització excessiva, ja que per a ell existeixen diferències profundes entre els dos grups¹²⁶, en contra del que defensa per exemple, Iris Marion Young, que considera que els grups etnoculturals són un *continuum* fluït on cada grup tindria necessitat i aspiracions flexibles¹²⁷. Això fa que la definició d'una de les dues categories, la de *grups d'immigrants* esdevingui en extrem complexa. Per a Kymlicka, els grups d'immigrants són fruit de decisions voluntàries individuals i, en aquests casos, no seria apropiat ni practicable intentar mantenir o construir una cultura societal viva. Quan s'ha enfrontat al problema que suposen els casos intermedis a l'hora d'enquadrar-los en una de les categories (gitanos, afroamericans, ètnies russes del bàltic), ha considerat que aquests són el resultat d'injustícies que, en definitiva, fa que quedin confinats en els marges de la cultura societal de la majoria, i que la seva existència i la dificultat que presenten no minva el valor de la seva proposta en tant que ordenadora de la majoria de situacions.

Amb tot, el problema és que si hi ha raons per considerar que la categoria "grups etnoculturals d'immigrants" està deficientment construïda i, llavors, deixarà de ser just fer-ne derivar unes conseqüències radicalment diferents que en el cas de les minories nacionals.

156. En el cas dels grups d'immigrants es fa derivar el tracte diferencial de dos elements discutibles. El primer és la manca de concentració territorial i les institucions històriques necessàries per a una cultura societal viva. Quant a això darrer, no hi ha res que faci pensar que els grups d'immigrants no tenen aspiracions de mantenir o restablir per a ells institucions o entitats reguladores, per exemple, per a la interpretació i aplicació de regles inherents a la seva identitat, no necessàriament concurrents amb les de les de la cultura societal majoritària, sinó complementària. És possible aspirar a una construcció nacional pròpia dins d'una cultura societal d'acollida, complementària amb aquesta, compatible amb ella i, fins i tot, amb elements no liberals pel que fa al seu contingut (Kymlicka no descarta el respecte de pràctiques no liberals mentre sigui possible sostreure-s'hi lliurement), sense que això vulgui dir directament o deliberada pretendre la substitució de la cultura societal majoritària. Certament, la dispersió territorial en determinats casos pot determinar el tipus de demandes i respostes, però no sembla que per si mateixa pugui justificar un tracte radicalment diferent pel que fa a l'objectiu final en d'altres casos.

¹²⁵ Will Kymlicka, "La teoría y la práctica del multiculturalismo de inmigración", dins de *La política vernácula*, op. cit., pàg. 209.

¹²⁶ Will Kymlicka, "¿Es necesaria una teoría liberal de los derechos de las minorías? Respuesta a Carens, Young Parekh y Forst", loc. cit., pàgs. 77-87.

¹²⁷ Iris Marion Young, "A Multicultural Continuum: A critique of Will Kymlickas's ethnic-nation dichotomy", *Constellations*, vol. 4, núm. 1, 1997, pàgs. 48-53.

El segon element és el de la suposada *voluntarietat*. Will Kymlicka diferencia entre el que ell anomena *treballadors convidats* i immigrants voluntaris. Els primers es caracteritzarien per ser persones que no han estat admeses com a futurs ciutadans, i que estarien obligades a retornar al seu país en algun moment. Només les persones del segon tipus podrien accedir a la ciutadania i haurien de ser integrades en la cultura societal de la majoria. Actualment, aquesta diferència és difícil d'establir, ja que, en definitiva, si més no en els estats occidentals més desenvolupats, es tendeix a considerar que tots els immigrants per raons econòmiques són *voluntaris* i, formalment o informal, *convidats* (cosa que es tradueix en les reformes recents de les lleis de nacionalitat per tal de fer més difícil la seva obtenció en molts d'aquests estats). Des del moment que el mercat manté, i fins i tot promou de manera duradora l'existència d'un espai que és ocupat per treballadors immigrants, en situació legal i il·legal, es pot dir aquests són sovint incitats a venir, ni que només sigui tàcitament.

A més a més, resulta poc clara la utilitat a la pràctica de la categoria "grups d'immigrants" en relació als *casos difícils*, ja que, si la dificultat per gestionar els *casos difícils* des de paràmetres culturalistes liberals prové del fet que són el fruit d'injustícies des del punt de vista dels principis liberals, la majoria dels fluxos migratoris actuals haurien de ser considerats *casos difícils*.

L'entera situació de desigualtat entre els grups que hi ha enllà de les fronteres des de les que s'observen els fenòmens, són en gran mesura producte d'opcions polítiques contràries als principis liberals (situacions de dominació política o econòmica, etc.) dels mateixos estats *liberals*. Des d'aquesta perspectiva, fins a quin punt és legítim seguir demanant als immigrants únicament la seva integració en les cultures societals de la majoria, i no atendre altres demandes més enllà d'això, per exemple, el manteniment, protecció i restauració de determinats elements d'una cultura societal d'origen alternativa o paral·lela a la de la majoria? És difícil dir en quina mesura aquest canvi de perspectiva hauria de dur a canvis concrets significatius en els resultats de les polítiques multiculturalistes dels estats liberals però, en tot cas, deixa una porta oberta a la possibilitat d'anar més enllà de les possibilitats de la simple *integració*. Aquesta forma de veure el problema, impregnada d'una tendència universalista permet una diferenciació major entre les diferents situacions, modulable en funció dels canvis que es puguin anar produint en el temps, i estableix punts d'encontre entre els dos pols postulats.

157. LA JUSTIFICACIÓ DE LES FRONTERES PER A WILL KIMLICKA: REDISTRIBUCIÓ GLOBAL OFRONTERES RELATIVAMENT OBERTES. Will Kymlicka ha acarat de forma directa l'opció defensada per Joseph H. Carens relativa a la possibilitat d'un entorn de fronteres obertes. Considera que el desig de les minories nacionals de conservar-se com a cultures societals diferents és compatible amb el valor de la llibertat individual i de la igualtat democràtica, i proporciona el millor context possible per a aquests valors. Segons ell, la qüestió és determinar quina és la *societat rellevant* per assolir l'ideal de llibertat i

igualtat dels individus, i constata que per a la majoria és la seva *nació*. En aquest sentit diu que

*Per exemple, són pocs els ciutadans de les democràcies liberals partidaris d'un sistema de fronteres obertes que permeti a les persones creuar-les lliurement i establir-se, treballar i votar en qualsevol país que triïn. Aquest sistema incrementaria de forma espectacular l'àmbit en que les persones rebrien tracte de ciutadans lliures i iguals. I, no obstant això, les fronteres obertes també farien més probable que la comunitat nacional d'aquests mateixos ciutadans es veiés envaïda per pobladors d'altres cultures i que es veiessin incapaços d'assegurar la seva supervivència com a cultura nacional diferent. Així, hem d'escollir entre, per un costat, una mobilitat creixent i una expansió de l'àmbit en què les persones actuen com a individus lliures i iguals i, per l'altre, una mobilitat decreixent acompanyada no obstant d'una major seguretat que les persones puguin seguir essent membres lliures i iguals de la seva pròpia cultura nacional*¹²⁸.

També afirma en aquest mateix sentit que

*Una política de fronteres obertes podria conduir a un escenari de desenes de milions de nous immigrants disposats a entrar en un país, cosa que excediria la capacitat d'integració de les institucions nacionals existents (...). Des del punt de vista del nacionalisme liberal, els estats tenen el legítim dret de limitar el nombre d'immigrants i d'incentivar la seva integració per tal de protegir la viabilitat de les cultures nacionals existents*¹²⁹.

Aquestes afirmacions contenen, al menys, dues qüestions susceptibles de ser discutides. En primer lloc, l'argument de la por i de la seguretat. Els llocs on es produeixen veritables *invasions* d'immigrants són precisament els països i les regions frontereres d'estats on es produeixen catàstrofes naturals o greus enfrontaments de caràcter polític i, en aquests casos, ens trobaríem davant de supòsits de *migració forçosa* que, en tot cas, es regirien per altres paràmetres. Com ja van posar en relleu autors de totes dues bandes, primer Walzer, i després Carens, *les fronteres obertes únicament amenaçarien el caràcter distintiu de les comunitats polítiques si assumim que tanta gent es desplaçaria si pogués*¹³⁰; i les persones no es desplacen per tal d'establir-se pel plaer de fer-ho, sinó que la gent tendeix a quedar-se allí on està, i només marxa quan la vida en el lloc on es troba és *molt difícil*¹³¹.

En segon lloc, Kymlicka parla de la incapacitat d'assegurar la supervivència de les cultures nacionals per part dels membres originaris, si es produís aquesta *invasió*. Hi ha una certa contradicció entre aquest argument, aplicat en aquest cas per tal de recolzar la idea de comunitats nacionals amb fronteres tancades, i la idea de que *no hi ha res en la idea d'una cultura societal que impedeixi la incorporació de noves idees i pràctiques provenint d'altres parts del món*, i que, per tant, l'intercanvi cultural és *bona cosa*, o

¹²⁸ Will Kymlicka, "Del cosmopolitismo ilustrado al nacionalismo liberal", dins de *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*, op. cit., pàg. 237.

¹²⁹ *Ibidem*, pàg. 242.

¹³⁰ Joseph H. Carens, "Aliens and Citizens: The Case for Open Borders", *loc. cit.*, pàg. 270.

¹³¹ *Ibidem*, i Michael Walzer, *Las esferas de la justicia*, op. cit., pàg. 50.

que les cultures societals són obertes i pluralistes. En la línia del que defensa Jeremy Waldron, que diu que la identitat humana no és quelcom de *simple* sinó més aviat el resultat de tries significatives a partir de diverses fonts culturals, resulta difícil posar límits a una concepció de la cultura nacional i de les diverses formes de vida oberta i plural, des d'una perspectiva evolutiva¹³².

158. Will Kimlicka ha matisat considerablement aquests postulats en un text recent, malgrat que parteix de la mateixa idea de base que l'universalisme discuteix o que té per argument justificacionista: que les unitats que comparteixen una identitat nacional són les que proporcionen un context millor per tal d'assolir els objectius i interessos liberals de llibertat, justícia i democràcia.

Si, des de la perspectiva dels igualitaristes liberals, totes les persones tenen un valor moral igual, llavors, l'ús de les fronteres només pot justificar-se en tant que protectores de cultures o identitats nacionals, etc. però no per tal d'excloure el benefici dels recursos de les persones que no tenen accés a una vida digna.

Per a Kymlicka, arribats a aquest punt, només hi ha dues sortides: o bé destruir les fronteres o deixar-les d'una forma o altre obertes; o bé acarar les desigualtats a través de mesures redistributives globals. Per això:

En cas que els països rics es neguessin a aquesta redistribució de la riquesa, perdrien per això el dret de dificultar l'entrada a les seves fronteres, ja que, des del punt de vista igualitarista, no és permisible restringir l'admissió quan aquesta es limita a acaparar els recursos. Al contrari, si els estats assumeixen les seves obligacions amb la justícia internacional, llavors és permisible que regulin l'admissió de manera tal que es preservi la seva comunitat nacional distintiva. Aquesta regulació de la mobilitat és consistent amb el igualitarisme liberal, ja que no implica l'exigència d'una distribució injusta de la riquesa, sinó que reserva per als seus ciutadans allò que els estrangers tenen en els seus propis països; o sia: l'oportunitat de ser un ciutadà lliure en la seva comunitat nacional d'origen¹³³.

Cal inferir des d'aquesta perspectiva que, per bé que sigui adequat l'ús de les fronteres per millor preservar espais harmònics que possibilitin la creació i preservació de cultures societals aptes per al desenvolupament de valors com la llibertat, la justícia i la democràcia dins de cadascun d'aquests espais; l'ús de les fronteres com a elements d'exclusió de l'accés a una vida digna no està justificat. Els efectes excloents de les fronteres estarà, per tant, menys justificat, a nivell global, com menys es compleixin els compromisos redistribuidors de riquesa a nivell global; i, a escala particular, com més s'afectin persones que no poden desenvolupar una vida digna en el lloc d'origen com són, per definició els demandants d'asil.

¹³² Jeremy Waldron, "Minority Cultures and the Cosmopolitan Alternative", Will Kymlicka (ed.), *The Rights of Minority Cultures*, Oxford: Oxford University Press, 1995, pàgs. 106-107.

¹³³ Will Kymlicka, *Fronteras territoriales* (traducció Karla Pérez Portilla), Madrid: Trotta, 2006, pàg. 78.

159. EL NACIONALISME COSMOPOLITA O LA QUADRATURA DEL CERCLE EN BRIAN BARRY. Brian Barry va més enllà que Kymlicka en l'acceptació de postulats universalistes, però, en definitiva, acaba partint, tot i que molt revisat i modulats, d'un tipus de *nacionalisme*, que ell anomena *nacionalisme cosmopolita*. Barry discuteix la idea de la que parteix Kymlicka segons la qual la cultura nacional és un bé suprem i el context essencial per al desenvolupament de l'autonomia individual. Segons ell, això comporta negligir el liberalisme, en la mesura que suposa donar preferència al dret de viure en una cultura nacional integral, liberal o no, per damunt del dret fonamental de ser i viure en una societat liberal. Per a Barry, en aquest sentit, hi ha un conflicte clar entre els valors d'autonomia de grup i el liberalisme¹³⁴.

La unitat de valor cosmopolita és l'individu, tots els éssers humans des del punt de vista individual, i comporta un compromís amb els drets civils i polítics universals així com amb la redistribució dels recursos materials i, des de la perspectiva interna estatal, s'acostuma a anomenar a aquest tipus de cosmopolitisme bàsic, *liberalisme*¹³⁵. Segons Barry, el cosmopolitisme és una *actitud moral*¹³⁶, i el *nacionalisme cívic* incorpora aquesta actitud o proposta moral. L'aspecte intern del cosmopolitisme és la democràcia liberal, de manera que un *nacionalisme d'aquest tipus* és reclamat per la moral cosmopolita. L'un i l'altre no són incompatibles, sinó que el nacionalisme també recolza els principis *cosmopolites* d'intervenció i de redistribució¹³⁷.

En aquest sentit, calen estats nacionals, però les nacions haurien de ser construïdes anant més enllà dels grups etnocultural preexistents, amb *bona voluntat, intel·ligència i imaginació*¹³⁸. A diferència de l'estatisme o del nacionalisme etnocultural, el *nacionalisme cosmopolita* no té una posició de principi respecte de les fronteres: el nacionalisme cívic, per a Barry, no és incoherent amb la moralitat cosmopolita, l'estat és una unitat apropiada sempre que hi hagi sistemes de redistribució de recursos a través de les fronteres dels estats:

*No hi ha raons per que el nacionalisme cívic s'oposi a aquesta redistribució. Al contrari, qualsevol que vulgui veure la difusió del nacionalisme cívic ha de reconèixer que té precondicions materials. Transferir recursos dels estats rics cap als pobres no suposa cap lesió al nacionalisme cívic en els estats rics, sinó que ofereix al menys una oportunitat als estats pobres de crear les seves pròpies nacions cíviqes*¹³⁹.

En definitiva, si bé segurament a la pràctica no hi ha tanta diferència entre les posicions que avui dia parteixen de perspectives *universalistes* o *particularistes*, hi ha

¹³⁴ Brian Barry, "Statism and Nationalism: A cosmopolitan critique", Ian Shapiro & Lea Brilmayer (eds.), *Global Justice*, New York-London: New York University Press, 1999, pàgs. 32-33.

¹³⁵ *Ibidem*, pàgs. 36-37.

¹³⁶ *Ibidem*, pàg. 35.

¹³⁷ *Ibidem*, pàg. 53.

¹³⁸ *Ibidem*, pàgs. 55-56.

¹³⁹ *Ibidem*, pàgs. 59-60.

un equilibri inestable entre dues opcions, que només és susceptible de trencar-se en les situacions límit, com es veu quan s'hi han enfrontat uns (per exemple Carens) o altres (per exemple Walzer). Però, precisament en aquests casos, quan allò que està en joc són béns tant fonamentals com la vida i la integritat humanes, els postulats particularistes cedeixen en favor de l'element bàsic comú que per definició fonamenta les relacions entre els éssers humans, que és precisament el fet de ser-ho. Ara bé, la qüestió dels confins precisos de les situacions límits i les conseqüències exactes d'aquestes respecte dels postulats bàsics, només pot ser abordada i, si de cas, resolta, en funció de les circumstàncies, el context i el temps en que es plantegen.

d. Temptatives de conciliació entre universalisme i particularismes

160. En aquestes situacions de *necessitat de protecció*, des de perspectives particularistes hi ha un cert acord sobre que, qui estigui en condicions de fer-ho, ha de proporcionar recursos fins al límit d'allò que li sigui suportable i, des d'una perspectiva universalista sobre que, en casos específics, si una determinada situació de lliure accés fos perjudicial, podrien posar-se límits a aquesta. És a dir que, en la situació extrema dels demandants d'asil, sembla que no hi hauria problema, tant des d'una, com des de l'altre perspectiva, en admetre que han de ser protegits.

El problema sorgeix a l'hora de determinar els límits d'aquesta protecció. La resposta a les situacions concretes variarà, així, segons la perspectiva de la que es parteixi. Des d'una perspectiva *universalista*, en principi, tothom té dret de cercar fora del seu país d'origen la realització del seu pla de vida, s'estigui en situació de refugi o no, i només molt excepcionalment es podrà restringir l'accés a territori; mentre que des d'una perspectiva particularista, la possibilitat d'obtenir protecció fora del lloc d'origen estarà restringida a situacions de *necessitat* estricta, definida des de la comunitat a la qual es demana ajut.

Les excepcions, d'acord amb els principis generals, són d'interpretació restrictiva i, parlant de l'entrada o l'exclusió de persones estrangeres, resulta de gran importància saber en qui rau la càrrega de mostrar que s'està en una situació *excepcional*. Des de l'universalisme, la comunitat de rebuda ha de demostrar que és impossible proporcionar ajut sense un perjudici greu per la comunitat, comparable al dels demandants d'asil; en canvi, des dels *particularismes*, són les persones que cerquen protecció les que han de demostrar que estan en situació extrema i, fins i tot, que la proporció d'ajut no suposarà un perjudici insuperable per a la comunitat d'asil.

Entre una i altra perspectiva, alguns autors han defensat alternatives per a la conciliació dels elements essencials de l'*universalisme* amb dogmes *particularistes*, des de diferents punts de vista.

161. Primerament, s'han posat en relleu fins a quin punt la globalització dels riscos compartits en el món fa difícil partir de concepcions tancades de comunitats i de

solidaritats restringides, quan els fets obliguen a tenir en compte visions cada cop més amplies de gairebé totes les coses. En aquest sentit, Jürgen Habermas ha plantejat si no és veritat que la globalització de tots els riscos que representen els desequilibris ecològics, econòmics, les tecnologies a gran escala, el terrorisme... *ha unit objectivament de molt temps ençà el món per fer-ne una comunitat involuntària fonamentada en els riscos encorreguts per tots plegats*¹⁴⁰. També, per exemple, Edgar Morin assenyala, des d'un punt de vista transcendent, la necessitat de prendre consciència de la *comunitat de destí terrestre* i assumir-ne les conseqüències:

Hem de basar la solidaritat humana ja no sobre una il·lusòria salvació terrestre, sinó sobre la consciència de la nostra perdició, sobre la consciència de la nostra pertinença al complex comú teixit per l'era planetària, sobre la consciència dels nostres problemes comuns de vida o de mort, sobre la consciència de la situació agònica de la nostra fi de mil·leni.

La presa de consciència de la comunitat de destí terrestre ha de ser l'esdeveniment clau de la fi del mil·leni: som solidaris amb aquest planeta, la nostra vida està lligada a la seva vida, hem de condicionar-lo o morir.

*Assumir la ciutadania terrestre és assumir la nostra comunitat de destí*¹⁴¹.

En segon lloc, des de dins de la fórmula particularista també s'ha posat en qüestió l'aparença de neutralitat i imparcialitat a l'interior del model. La funció de la comunitat estatal o nacional és fer legítimes en alguna forma les transferències de béns socials, és a dir l'acompliment de la idea de justícia distributiva. Però resulta que hi ha elements que demostren que la comunitat política de l'estat providència està en crisi per diversos motius: disparitat creixent de perspectives vitals entre els treballadors segons sectors, raça, sexe i nivell de formació; desajust creixent entre les aspiracions derivades del creixement i les possibilitats de satisfer aquestes raonablement; aparició d'una certa *cultura de crisi* que encoratja les actituds individualistes dins de la comunitat; un aparell públic que es veu cada cop més com un ens mantingut en interès propi ans que una resposta a les demandes socials; classes mitges que tendeixen a adoptar posicions defensives enfront dels perills de pèrdues socials i actuen marginalitzant grups considerats inferiors sovint per qüestions culturals ètniques o similars; i, finalment, un estat providència que perd el seu *atractiu moral*, allò que era percebut com a solidaritat es veu cada cop més com una forma de redistribució que ataca els efectes i no les causes, i on els costos no compensen els beneficis que raonablement se n'espera¹⁴².

En aquest context, les noves migracions desafien les tradicions democràtiques que, formalment es recolzaven en models inclusivius basats en el concepte de ciutadania (o model *artificialista*) i no en formes *naturalistes* basades en tradicions o cultures de fonament ètnic o lingüístic. Ja no funciona l'exclusió natural del no-nacional de la

¹⁴⁰ Jürgen Habermas, *La paix perpétuelle*, op. cit., pàg. 74.

¹⁴¹ Edgar Morin, Anne Brigitte Kern, *Tierra-Patria* (traducció de Manuel Serrat), Barcelona: Editorial Kairós, 1993, pàg. 225.

¹⁴² Jean Leca, "Nationalité et citoyenneté dans l'Europe des immigrations", Jacqueline Costa-Lascoux, Patrick Weil, *Logiques d'états et immigrations*, Paris: Kimé, 1992, pàgs. 40-41.

comunitat, i la base comunitària dels estats està perdent força amb l'afebliment dels seus fonaments¹⁴³.

162. Finalment, una proposta atractiva de conciliació entre els postulats particularistes i universalista, tot i que no per això de fàcil execució, és la que Debra Satz exposa en l'obra *Global Justice* de Ian Shapiro i Lea Brilmayer. Per a aquesta autora, el tipus de igualtat que és legítim pretendre depèn de la naturalesa de les nostres relacions. Així, es pot partir de la idea que el *nacionalisme cívic* expressat a través d'estats territorials, important per a la justícia distributiva i compromès amb els principis democràtics, és compatible amb el *cosmopolitisme*, ja que les demandes que tots dos serveixen són diferents. S'accepta que, certament, hi ha nombroses qüestions que requereixen una gestió comuna a nivell global, però aquesta no és una alternativa viable per a tot. Cada resposta depèn de quin sigui el problema, i és possible que l'estat sigui necessari i l'instrument més adequat de l'organització social, com les regions, les ciutats o altres poden ser-ho per a determinades altres qüestions. Però això no vol dir que les obligacions especials que sorgeixen respecte dels connacionals no siguin compatibles amb una tesi cosmopolita, ja que algunes dimensions de la igualtat s'apliquen només a aquells que comparteixen un determinat tipus de vincles. Així, una proposta cosmopolita pot acceptar la limitació d'algun tipus d'igualtat per als ciutadans d'un estat, ja que

Primer, els cosmopolites no tenen raons per fetitxitzar la igualtat ja que la igualtat en una dimensió particular esdevé una demanda rellevant només en determinats contextos relacionals (...). Segon, dir que els ciutadans d'un estat tenen aquestes obligacions l'un respecte de l'altre no significa que tinguin el dret de determinar les condicions d'entrada i sortida del seu estat (...). Inclús si la cooperació d'estats territorials tancats és necessària, un cosmopolita no pot acceptar sense més arguments que aquests estats poden determinar les condicions d'inclusió i exclusió en el projecte d'assegurança comú o, més en general, en la forma democràtica de vida¹⁴⁴.

Per això, per exemple, si bé els ciutadans d'un estat no necessiten tenir el mateix poder polític que els d'un altre estat on no hi són o no hi pertanyen, a nivell nacional han de tenir un nivell de recursos i llibertats suficient per tal de no patir situacions de dominació. D'aquesta manera, *assegurar les condicions de no dominació requereix una redistribució substancial dels recursos internacionals, així com el desenvolupament d'institucions econòmiques i polítiques intranacionals*; i els nivells d'aquesta redistribució és força més que el que requeriria procurar per a tothom un *nivell de subsistència de funcionament*¹⁴⁵. En definitiva, cal entendre que tant s'han de reduir algunes formes de dominació internacional si la sobirania política ha de tenir algun

¹⁴³ *Ibidem*, pàg. 41.

¹⁴⁴ Debra Satz, "Equality of what among whom? Thoughts on cosmopolitanism, statism and nationalism", Ian Shapiro & Lea Brilmayer (eds.), *Global Justice*, op. cit., pàg. 79.

¹⁴⁵ *Ibidem*, pàg. 80.

sentit, com s'han de restringir *algunes formes de sobirania democràtica si la justícia global ha ser aconseguida*¹⁴⁶.

2. Universalisme i particularismes en la construcció d'un 'demos' europeu

163. La història recent, i el fet que, en general, les diferents formes i variants de particularisme han estat quantitativament més importants tant a la teoria com a la pràctica, han dut a que el procés de construcció europea també hagi estat marcat, per un debat *protonacional*, sobretot els darrers anys. En aquest debat s'han barrejat sovint, qüestions de construcció nacional amb qüestions de democràcia i de legitimitació, afectant-se negativament la integració europea.

En un moment com l'actual, en què el procés de la integració europea incorpora un factor *constitucional*, s'han multiplicat les discussions respecte dels elements de construcció nacional i els models tendencials del projecte europeu. En aquest context, hi conflueixen fenòmens específics, com l'ampliació cap a estats del Centre i Est d'Europa, amb d'altres de més generals, d'interdependència i globalització. Un model d'anàlisi d'aquests processos interconnectats és el model de *federació europea* de Joschka Fischer, una variant del clàssic *estat federal*, amb fronteres clarament establertes, estructures de govern més o menys jerarquizades i una identitat cultural distinta. Però un altre model, proposat per Jan Zielonka, anomenat de *l'imperi neo-medieval*, es caracteritza per tenir límits poc rígids, amb zones frontereres fluctuants, autoritats disperses, interpenetració de diferents tipus d'unitats polítiques, lleialtats diverses, redistribució basada en diferents tipus de solidaritat entre xarxes transnacionals, i per la coexistència de multiplicitat d'identitats culturals¹⁴⁷.

Certament és difícil establir amb claredat els perfils de l'estructura futura del procés de construcció europea, però també és cert que limitar les perspectives a models històricament consolidats potser ara ja ultrapassats per les circumstàncies, està a curt o mig termini abocat al fracàs. El model descrit per Zielonka possiblement és exagerat en alguns punts, però ofereix l'avantatge de ser extraordinàriament flexible i obert, planteja diverses possibilitats i, sobretot, té en compte el repte de la infinita incertesa que envolta les societats actuals. Per aquests motius, és cada cop més urgent establir una escala de valors compartits, formes i procediments d'actuació i principis essencials per a una gestió eficient i legítima dels afers comuns, amb independència de la forma del final del procés.

¹⁴⁶ *Ibidem*, pàg. 82.

¹⁴⁷ Jan Zielonka, "Enlargement and the Finality of European Integration", Christian Joerges, Yves Mény, Joseph H.H. Weiler (eds.), *What kind of Constitution for what kind of Policy? Responses to Joschka Fischer*, Florència-Cambridge: European University Institute-Harvard Law School, pàgs. 156-160.

164. LA CIUTADANIA DE LA UNIÓ COM A INSTRUMENT DE CONSTRUCCIÓ NACIONAL EUROPEA. La història recent de la Unió Europea ha estat vacil·lant pel que fa a aquestes qüestions. Igual que en el cas dels estats, també en la Unió Europea, es reproduïxen les tensions entre la construcció *nacional* europea i les identitats dels *pobles* per als quals es vol “una unió cada cop més estreta”¹⁴⁸. En aquest context, la introducció d’una ciutadania europea l’any 1992 no significava un element merament instrumental de l’organització política, sinó que responia a un *sentiment profund de malestar i de descontentament públic amb la construcció europea que amenaçava amb soscavar la seva legitimitat política*¹⁴⁹.

El procés europeu de *construcció nacional* va centrar-se en la creació de la *ciutadania* de la Unió, pensada com a instrument per transcendir en alguna forma les identitats nacionals estatals, i posar les bases d’una identitat europea complementària. Aquesta *ciutadania* ha estat del tot insuficient per als objectius d’incrementar la legitimitat de la Unió, ja que no ha estat acompanyada de procediments adequats de participació i, en termes generals, l’anomenat dèficit democràtic continua sent qualitativament el mateix. Ha significat la preservació i, en alguns casos, el replegament de les identitats nacionals dels estats membres¹⁵⁰; però no ha contribuït a crear una nova *identitat* europea autònoma, en funció del projecte econòmic i polític liberal de la Unió i els principis en què es basa. La ciutadania de la Unió ha servit sobretot per fer visible l’exclusió dels estrangers no comunitaris dels beneficis del projecte europeu malgrat que hi participin activament, fins al punt que la identitat europea apareix definida *per exclusió* de l’altre, de l’estranger¹⁵¹.

La ciutadania de la Unió ha servit així per justificar exclusions dels beneficis polítics de la construcció europea, i reduir les expectatives de *participació* plena en el projecte econòmic europeu dels treballadors migrants nacionals d’un estat no membre de la Unió Europea, de la família d’aquests treballadors i, per descomptat, dels refugiats i demandants d’asil. La ciutadania de la Unió ha estat un element discordant en un projecte de realitzacions essencialment econòmiques que, més que contribuir a crear una

¹⁴⁸ Tant en els preàmbuls dels tractats constitutius de les Comunitats Europees com en el Tractat de la Unió Europa es diu que les parts estan resoltes a *posar les bases* i a *continuar* el procés de creació d’una *unió cada cop més estreta entre els pobles d’Europa*. No es diu mai que l’objectiu sigui transformar aquest en un únic poble europeu; com destaca, Joseph H.H. Weiler, *The Constitution of Europe*, Cambridge: Cambridge University Press, 1999, pàg. 327.

¹⁴⁹ *Ibidem*, pàg. 329.

¹⁵⁰ Aprofundint-se únicament la qüestió de la no discriminació per raó de nacionalitat. Per exemple, sentència del TJCE de 20 de setembre de 2001, assumpte *Rudy Grzelczyk* núm. C-184/99.

¹⁵¹ Les polítiques d’immigració i ciutadania a la Unió europea *asseguren l’exclusió efectiva dels no europeus*, i contribueixen a una integració en sentit negatiu, *on cal buscar els fonaments de la formació d’una identitat europea*; aquesta identitat està *sent deliberadament construïda en base a l’oposició a un “altre”*. Carole Lyons, “The Politics of Alterity and Exclusion in the European Union”, Peter Fitzpatrick, James Henry Bergeron (eds.), *Europe’s Other: European Law Between Modernity and postmodernity*, op. cit., pàg. 158.

nova solidaritat *europèa* ha reduït la legitimitat assolida amb la incorporació al bagatge de la Unió dels drets humans i les llibertats fonamentals, universals per definició.

165. El projecte d'integració europea comporta un element d'extensió de la protecció institucional dels estats, però planteja el problema de la justificació dels límits d'aquesta protecció que no ha resolt l'establiment de la *ciutadania* de la Unió. En absència d'un *demos* no consensual identificable (míticament delimitat), el model *consensual* apareix com a opció teòrica possible, però, a la pràctica, també extremadament difícil¹⁵². Una justificació podria estar basada, per exemple, en l'argument funcional de la realització d'un *espai de llibertat, seguretat i justícia* a Europa, però l'acompliment d'aquests valors *universalistes* ha caigut en la paradoxa d'una regulació que ha construït murs tècnics a les fronteres *exterior*s, i que no ha establert formes de tramitar les demandes d'inclusió¹⁵³.

La construcció durant la darrera dècada de tot un aparell normatiu relatiu a la immigració de nacionals de tercers estats ha fet lluir encara amb més urgència la qüestió de fixar qui configura la base social de la Unió o el *demos* europeu. Per a Gregor Noll, així les coses, l'establiment de llindars d'exclusió és un exercici tècnic basat en les eines dissenyades per al context de l'estat nació i menades únicament per una raó de controlar les migracions, és a dir que *el demos de la Unió està controlat, tot i que encara sigui indefinit*¹⁵⁴.

166. Per a Joseph H. H. Weiler, la visió de la construcció Europea com els *estats units d'Europa* comporta el mateix potencial d'excessos que precisament pretenia evitar en el cas dels estats nació moderns europeus, cosa que obliga a reprendre la visió alternativa supranacional, la visió de la *comunitat*¹⁵⁵. Segons ell, la noció de *comunitat* i no de *unitat* afirma els valors de l'estat nació liberal gestionant els límits contra els abusos. No refusa les fronteres, sinó que *el projecte supranacional cerca redefinir la noció mateixa de les fronteres de l'estat, entre la nació i l'estat i dins de la nació mateixa*¹⁵⁶. La *comunitat* comporta establir un règim on l'interès nacional s'inscriu en una nova disciplina¹⁵⁷, i en ella únicament la idea de *supranacionalisme* pot venir a fonamentar allò que en paraules de Kymlicka seria una *cultura societal* intrínsecament europea.

Finalment, per a Weiler, la reconstrucció d'una ciutadania europea comporta separar nacionalitat i ciutadania, i obrir així la possibilitat de coexistència de *demos* múltiples. Proposa un model de coexistència simultània i de pertinença a dos *demos*

¹⁵² Gregor Noll, *Negotiating Asylum*, op. cit., pàgs. 564-567.

¹⁵³ Vid. *Infra* Capítols VIII i IX.

¹⁵⁴ Gregor Noll, *Negotiating Asylum*, op. cit., pàg. 567.

¹⁵⁵ Joseph H.H. Weiler, *The Constitution of Europe*, op cit., pàg. 341.

¹⁵⁶ *Ibidem*, pàg. 341.

¹⁵⁷ *Ibidem*, pàg. 342.

basats en factors subjectius d'identificació diferents: l'un, nacional, en el sentit d'identificació cultural, i l'altra, europeu, en termes d'afinitats europees transnacionals respecte de valors compartits que transcendeixen la diversitat etno-nacional¹⁵⁸.

Aquesta proposta de Joseph Weiler és valuosa per l'afirmació realista d'un projecte supranacional comunitari que segons ell no cerca la *unitat* europea, i per la defensa de la pluralitat de pertinences. Però el seu model no és suficient en un context en què a l'interior de molts dels estats membres de la Unió, la pertinença dels membres de les minories nacionals es basa únicament en elements instrumentals o de valors compartits. Aquests instruments o valors coincideixen amb els que haurien de fonamentar la pertinença al *demos* europeu i, per això mateix, la construcció nacional europea entra en competició amb la construcció nacional dels estats parts; cosa que contradiu la presumpció de Weiler que la construcció comunitària europea *supranacional* no té per objectiu la substitució dels estats. Segurament no té aquest per objectiu, altra cosa és que la seva execució dugui com a conseqüència en alguns casos que l'*estat* del que s'ha partit esdevingui definitivament ultrapassat.

167. Alguns autors que s'han ocupat de les conseqüències de la ciutadania europea, han considerat que, precisament, aquesta nova ciutadania pot servir com a *antídoto* contra els perills dels nacionalismes. En aquest sentit, John Keane considera que la identitat nacional, suport important de les institucions democràtiques, és paradoxalment *preservada millor restringint el seu àmbit en favor de les identitats 'no nacionals', que redueixen la probabilitat de la seva transformació en nacionalisme antidemocràtic*¹⁵⁹. I, això, en el context europeu vindria afavorit per la ciutadania de la Unió. Per a aquest autor, a Europa s'estaria desenvolupant una *nova forma de cosmopolitisme* lligada amb el procés d'integració supranacional que podria estar creant una *nova espècie d'animal polític, el ciutadà europeu*¹⁶⁰. Aquesta idea és força semblant a la desenvolupada per Paul Howe en el context d'un debat amb Theodora Kostakopoulou, sobre la potencialitat excloent de la ciutadania de la Unió. Howe considera que el sentiment d'avversió cap els estrangers és present en els estats membres i que, si bé en el context europeu les tendències cap a l'exclusió també són presents, el desenvolupament d'una *consciència política europea* pot, a la llarga, *suavitzar les actituds envers els immigrants, els refugiats i els altres*¹⁶¹.

Per a d'altres, com Roy W. Davis, molts dels drets que s'inscriuen com a drets de ciutadania no són drets exclusius, ni tampoc són drets universals, perquè es basen en el fet de la residència i així, potencialment, podrien atribuir-se a estrangers

¹⁵⁸ *Ibidem*, pàg. 344-347.

¹⁵⁹ John Keane, "Naciones, nacionalismos y ciudadanía europea", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, vol. 31, 1994, pàgs. 93-99.

¹⁶⁰ *Ibidem*, pàg. 98.

¹⁶¹ Paul Howe, "Insiders and outsiders in a Community of Europeans: A Reply to Kostakopoulou", *JCMS*, vol. 35, N° 2, 1997, pàg. 311.

extracomunitaris. Són drets que formarien la base d'una relació especial entre la Unió i els seus residents, i que encaixarien millor en la concepció de drets de *pertinença* a la Unió o *Union membership rights*¹⁶².

168. LA CARTA DELS DRETS FONAMENTALS DE LA UNIÓN EN LA FORMACIÓ D'UN DEMOS EUROPEU. La *Carta dels drets fonamentals de la Unió europea* proclamada a Niça el 7 de desembre de 2000 esdevé un element en l'afany de donar visibilitat als valors europeus compartits que fonamenten la construcció del *demos* europeu, de legitimar la Unió a través de *reconeixement*¹⁶³ i de superar la seva crisi de legitimitat¹⁶⁴. De fet, es considera que té una *funció política* que consisteix precisament en fer que els ciutadans europeus constatin que comparteixen unes mateixes creences bàsiques pel que fa a drets i valors i, així, que s'intensifiqui la *consciència de pertànyer a una mateixa comunitat*¹⁶⁵. La Carta significa la transacció entre els valors universals dels drets humans i les llibertats fonamentals amb la visió particularista expressada amb la ciutadana de la Unió l'any 1992. Barreja capítols de drets universals com els de *Dignitat* o *Llibertat* amb altres particulars, com el de *Ciutadania*, que bàsicament reproduïx els drets establerts per als nacionals d'un estat membre l'any 1992, i també barreja drets universals i particulars dins d'un sol capítol, com en el de *Igualtat*. Però, amb tot, significa trencar, encara que sigui parcialment, amb la dinàmica particularista endegada amb l'anomenada *ciutadania* de la Unió, encara que es deixi per al futur el reconeixement als estrangers de drets inherents a les dinàmiques de la construcció europea¹⁶⁶.

La justificació d'un particularisme de tipus europeu únicament podrà fonamentar-se, així, a nivell de la Unió, en un tipus de ciutadania democràtica de tipus *funcional* basada en el dret, en el sentit que ho utilitza Habermas, o de tipus *cívic* com ho anomena Brian Barry. Aquest ha de fonamentar-se en una identitat instrumental basada en valors i drets, i funcional pel que fa als seus objectius, compatible amb altres identitats etnoculturals nacionals o estatals. En el context actual, qualsevol tipus de *construcció nacional europea* ha de ser coherent amb el culturalisme liberal i pluralista desenvolupat per Will Kymlicka, però, no pot imposar límits o demarcar els perfils de l'evolució de les diferents identitats. Des d'aquesta perspectiva, és absurda la idea de mantenir per sempre les formes actuals nacionals i estatals de comunitats definides en

¹⁶² Roy W. Davis, "Citizenship of the Union... rights for all?", *ELR*, vol. 27, 2002, pàgs. 135-137.

¹⁶³ Loïc Azoulay, "Les fondements de l'autorité de l'Union", Loïc Azoulay, Laurence Burgorgue-Larsen (dirs.), *L'autorité de l'Union Européenne*, Brussel·les: Bruylant, 2006, pàgs. 10-11.

¹⁶⁴ Christian Tomuschat, "Common Values and the Place of the Charter in Europe", *ERPL/REDP*, vol. 14, núm. 1, 2002, pág. 189.

¹⁶⁵ Víctor Ferreres Comella, *Reflexiones a propósito de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unió Europea*, Barcelona: Fundació Carles Pi i Sunyer d'Estudis Autonòmics i Locals, 2002, pàgs. 20-31.

¹⁶⁶ Per exemple, la lliure circulació dels estrangers legalment residents, article 45§2 de la Carta.

funció de criteris diversos, únicament perquè la construcció europea d'estats ha partit de la idea de *supranacionalisme* o *supraestatisme* compatible amb aquests.

La construcció europea necessàriament ha de ser permeable a la penetració de principis i valors universals que configuren la tradició històrica dels estats europeus, i flexible¹⁶⁷ per tal de donar cabuda a identitats diferents paral·leles i compatibles. La comunitat d'estats europea, avui anomenada *Unió Europea*, reconstrueix el seu *demos* com a fonament de la seva legitimitat democràtica, a partir del buidament de la sobirania que els estats han patit amb tanta amplitud que fins i tot posa en qüestió el mateix projecte europeu¹⁶⁸. Ara bé, el respecte de les identitats nacionals estatals no pot veure's com a conduint a la inamovibilitat d'aquestes (més encara quan aquesta identitat cap endins ja no és unívoca), ni tampoc pot fer que es basteixin murs tècnics, jurídics i fins i tot físics per a l'exclusió, car només l'obertura relativa del *demos constitucional* europeu¹⁶⁹ proporcionarà a aquest una coherència amb la funcionalitat de la identitat europea i una legitimitat de tipus universalista.

L'asil, en aquest sentit, no és un element contingent de la identitat europea, sinó un element constitutiu que prové de principis liberals que comparteixen els estats que en són parts¹⁷⁰. En aquest sentit, parafrasejant Hannah Arendt, *la comity dels pobles europeus es va fa miques quan, i per que, permet que les persones més fràgils siguin excloses i perseguides*¹⁷¹

C. ESTRATÈGIES PER A LA RECONCILIACIÓ DE L'IMPERATIU DE LA PROTECCIÓ DELS ÉSSERS HUMANS I ELS INTERESSOS DELS ESTATS. TEMPORALITAT I RESPONSABILITAT SOLIDÀRIA

¹⁶⁷ En aquest sentit, hom diu que la ciutadania del segle XXI serà un concepte més fluït, flexible i *far-reaching*, rellevant més enllà de les fronteres tradicionals de l'estat-nació. Kim Rubenstein, "Citizenship in a Borderless World", A. Angie, G. Sturgess (eds.) *Legal Visions of the 21st Century. Essays in Honour of Judge Christopher Weeramantry*, The Hague: Kluwer International Law, 1998, pàg. 205.

¹⁶⁸ En el sentit de la necessitat de participació del *poble d'Europa* en conjunt per a la re-legitimació de la presa de decisions, Percy, B. Lehnig, "European Citizenship: Towards a European Identity?", *Law and Philosophy*, vol. 20, 2001, pàg. 240-241 i 257-260.

¹⁶⁹ Com ho anomena Joseph H.H. Weiler, a *Una Europa cristiana. Ensayo exploratorio*, Madrid: Ediciones Encuentro, 2003, pàg. 141.

¹⁷⁰ La supervivència de l'asil malgrat regulacions restrictives està garantida com a element identitari dels estats, i per això, també de la Unió Europea; Niklaus Steiner, "Arguing about Asylum. The Complexity of Refugee Debates in Europe", Niklaus Steiner, Mark Gibney, Gil Loescher (eds.), *Problems of Protection. The UNHCR, Refugees and Human Rights*, Nova York, Londres: Routledge, 2003, pàgs. 193.

¹⁷¹ La cita literal és: *The comity of European peoples went to pieces when, and because, it allowed its weakest member to be excluded and persecuted*. Hannah Arendt, "We Refugees", *The Menorah Journal*, vol. 31, 1943, pàg. 77.

169. En l'actual situació, la reconciliació de les dues perspectives en la gestió dels fluxos migratoris forçosos pot fer-se, primer, amb la recuperació de la dimensió temporal del refugi i l'asil i, segon, amb la incorporació d'una mena de responsabilitat solidària dels estats en l'acollida dels demandants d'asil, basada en les nocions de *necessitat de protecció* i de *vulnerabilitat especial*. La primera estratègia, en últim recurs, defensa postulats *particularistes* i la segona *universalistes*. Són però estratègies necessàriament complementàries, i cap de les dues per separat és suficient per acarar per ella mateixa els conflictes actuals amb possibilitats d'èxit.

1. Protecció temporal i asil provisional

170. Els canvis en el tipus de moviments migratoris forçosos des de la fi de la guerra freda, caracteritzats sobretot per ser fluxos nombrosos de població formats per persones d'entre les que cada cop és més difícil identificar aquelles que únicament o principal fugen per motius estrictes de *persecució*, i que sorgeixen sovint com a conseqüència de situacions internes de conflicte, han dut al desenvolupament de formes de protecció anomenades genèricament *protecció temporal*. Aquesta forma de protecció és excepcional i s'aplica en casos de fluxos *massius* de persones que travessen fronteres internacionals, quan s'està davant la impossibilitat material de determinar per a cada una d'elles un estatut més o menys durable adequat a la seva situació específica i, a més, *les necessitats de protecció dels que arriben és evident en la majoria dels casos*¹⁷².

Aquesta forma de protecció d'urgència que s'ha articulat per a grans fluxos de persones es basa en un dels fonaments de la protecció dels refugiats des dels inicis del segle XX, que és la protecció *mentre* durin circumstàncies en el país d'origen que fan que hom no hi pugui romandre o tornar en condicions suficients de seguretat.

La dimensió temporal de la institució del *refugi*, tal com es regula a la Convenció de Ginebra de 1951, es reflecteix en les clàusules de cessació d'aquest estatut, en l'apartat C de l'article 1, especialment en els paràgrafs 5 i 6¹⁷³. El context fàctic i polític en què es va desenvolupar aquesta Convenció durant els anys posteriors a la seva aprovació, i fins la postguerra freda van fer que aquesta dimensió temporal del refugi quedés en un segon terme fins a considerar-se gairebé com esvaïda a tenor de la pràctica. El nombre escàs de persones que invocaven l'estatut de refugiat (bé perquè les

¹⁷² Walter Kälin, "Temporary Protection in the EC: Refugee Law, Human Rights and the Temptations of Pragmatism", *GYIL*, vol. 44, 2001, pàgs. 234-235.

¹⁷³ En l'article 1 apartat C, paràgrafs 5 i 6 de la Convenció de Ginebra s'estableix que, *(e)n els casos que s'estableix a continuació, aquesta Convenció cessarà de ser aplicable a tota persona compresa en les disposicions de la secció A precedent: (...) 5. Si, per haver desaparegut les circumstàncies en virtut de les quals va ser reconeguda com a refugiada, no pot continuar negant-se a acollir-se a la protecció del país de la seva nacionalitat. (...) 6. Si es tracta d'una persona que no té nacionalitat, i per haver desaparegut les circumstàncies en virtut de les quals va ser reconeguda com a refugiada, està en condicions de tornar al país on abans hi tenia la seva residència habitual (...).*

polítiques d'immigració afavorien l'entrada de persones estrangeres amb finalitat d'ocupar un lloc treball i no feien necessari invocar aquest estatut per establir-se, bé perquè resultava molt difícil fugir de règims que exercien persecució) va fer que els estats no consideressin necessari configurar, a la pràctica, l'estatut de refugiat com a un estatut limitat en el temps i, en general, es preveïessin en els drets interns estatuts gairebé permanents. D'altra banda, l'escàs nombre de persones que invocaven l'estatut internacional eren considerats dissidents polítics que, donada l'oposició entre blocs ideològics, mai podrien tornar al seu país d'origen. En aquest context, de fet, considerar l'estatut de refugiat com a temporal equivalia a creure que era possible superar el món bipolar de les relacions internacionals, cosa ben allunyada de les previsions. L'admissió de refugiats era vist com a un element positiu des del punt de vista estratègic i polític, i l'establiment de règims quasi permanents significava una prova més ferma que era benvingut tothom qui fos opositor al règim contrari¹⁷⁴.

171. El canvi del context polític internacional, l'aparició de nous fluxos transnacionals de població, i el fet que l'arribada de persones que demanen protecció com a refugiades ja no és considerat favorable als interessos dels estats, han fet que aquesta amplitud donada per la pràctica a l'abast temporal del refugi sigui un dels obstacles majors a la perquè els estats segueixin emprant aquest estatut internacional associat a una protecció interna.

Per aquest motiu, es necessari restablir la dimensió temporal originària del refugi, com a institució destinada no a córrer paral·lela a la nacionalitat en un país determinat, sinó precisament a constituir una protecció de substitució limitada en el temps per aquelles persones que no poden acollir-se a l'empareda que en circumstàncies normals ofereix el país de la nacionalitat o residència habitual.

La reacció per part dels estats al canvi de circumstàncies ha estat dràstica en el sentit de cercar excloure l'arribada de demandants d'asil o la concessió d'estatuts de protecció. La manca d'adaptació del dret internacional del refugi als interessos raonables dels països que majoritàriament han d'assumir els costos de l'arribada de demandants d'asil ha estat la causa principal de la pèrdua progressiva d'autoritat d'aquest règim jurídic. Per aquest motiu, com a assenyalat James C. Hathaway, *ha arribat el moment de fixar-se en preservar l'essència del dret internacional del refugi com a un sistema per a la protecció de les persones els drets humans bàsics de les quals són en risc en el seu propi estat*¹⁷⁵.

La reformulació dels mecanismes del dret del refugi ha d'assegurar aquest objectiu principal, però també ha de tenir en compte les circumstàncies reals del context en que ha d'aplicar-se. Aquesta reformulació hauria de basar-se, entre d'altres, en la

¹⁷⁴ Sobre aquest canvi, James C. Hathaway, "A Reconsideration of the Underlying Premise of Refugee Law", *HILJ*, vol. 31, N° 1 winter 1990, pàgs. 129-183.

¹⁷⁵ James C. Hathaway, *Reconceiving International Refugee Law*, *op. cit.*, pàg. XXIII.

flexibilització del sistema de la protecció de refugiats amb formes orientades cap a la recerca de solucions estables, i formes de protecció temporal adaptades als casos concrets, i en el desenvolupament d'una responsabilitat comuna però diferenciada envers els refugiats¹⁷⁶.

La recuperació de la dimensió temporal de la protecció de substitució que suposa l'estatut de refugiat és una de les aproximacions possibles a la necessitat de reconciliar els interessos dels estats i els dels individus potencials beneficiaris del refugi. Aquesta dimensió temporal no s'aconsegueix, però, creant noves categories artificials de refugiats i limitant el contingut i la durada de la protecció a períodes fixos. L'estatut de refugiat té una dimensió temporal inscrita en la mateixa Convenció de Ginebra que preveu la cessació de l'estatut. Per això, noves formes de *protecció temporal* que comportessin una reducció dels drets inherents als refugiats únicament haurien de poder aplicar-se en casos que van més enllà de la noció de refugiat de la Convenció de Ginebra o en situacions en què temporalment es fa impossible a la pràctica la seva implementació.

El restabliment d'aquesta dimensió temporal a la protecció dels refugiats suposa, en primer lloc, reconèixer que els demandants d'asil individuals tenen dret a un *asil provisional*, que suposa l'acompliment del principi de *non refoulement* en les persones que d'una forma o altre es troben sota la jurisdicció de l'estat d'acollida. Des de la perspectiva dels demandants d'asil, les fronteres han de restar *poroses* i no necessàriament obertes per tal de permetre una primera acollida¹⁷⁷, independentment de si aquesta donarà lloc a un asil durable. Sense aquest accés a espais aliens no és possible la realització del dret de cercar asil i de drets reconeguts internacionalment.

Els demandants d'asil tenen dret d'accedir als procediments de determinació dels estatuts de protecció disponibles i, en la mesura d'això, dret a una protecció o *asil provisional*¹⁷⁸.

¹⁷⁶ *Ibidem*, pàgs. XIII-XXV.

¹⁷⁷ Defensa *fronteres poroses* per contrast amb la doctrina de les fronteres obertes, Seyla Benhabib, *Los derechos de los otros. Extranjeros, residentes y ciudadanos* (traducció de Gabriel Zadunaisky), Barcelona: Gedisa, 2005, pàg. 156.

¹⁷⁸ Independentment d'aquest *asil provisional*, aplicable als *demandants* d'asil, a la normativa més recent d'alguns estats europeu, com és el cas d'Alemanya s'han fet reformes normatives que reestableixen aquesta perspectiva temporal de l'asil i el refugi. D'acord amb la *Aufenthaltsgesetz* §25-26, que va entrar en vigor l'1 de gener de 2005, a les persones a qui es concedeix asil, els refugiats i les persones que són protegides contra les mesures de deportació (protegits subsidiàriament) se'ls lliura un permís de residència vàlid per a un màxim tres anys. Després d'aquest període de tres anys només es concedirà un permís d'estada permanent per motiu de protecció si la oficina Federal per a la Migració i els refugiats (BAMF) notifica que no han desaparegut les raons que van motivar la primera decisió de protecció, o la persona encara té motius per refusar tornar al seu país d'origen [*Aufenthaltsgesetz* (*AufenthG*) de 30 de juny de 2004 modificada el 15 de març de 2005, s'utilitza la traducció en anglès, *Residence Act*]. A França, l'estranger a qui es concedeix asil rep una *carte de résidant* d'una durada de 10 anys, renovable de ple dret [article L.314.11.8 del *Code de l'entrée et du séjour des étrangers en France et du droit d'asile*; *Ordonnance n° 2004-1248 du 24 de novembre*, *JORF* de 25 de novembre de 2004, text 12/119]; a Espanya, rep una *autorització de residència permanent* [article 13 de la *Ley 5/84-9/94* (BOE núm. 122, de 23 de maig de 1994, pàgs. 15796-15800) i article 34 de la *Llei Orgànica 4/2000, d'11 de gener, sobre*

2. Responsabilitat solidària ordenada segons el criteri de la vulnerabilitat especial

172. La reconstrucció d'unes bases teòriques per sustentar jurídicament un règim adequat per a la protecció dels demandants d'asil podria partir, en la situació actual, de l'establiment d'un lligam entre el concepte de *necessitat de protecció* dels bens bàsics i la noció de *vulnerabilitat especial* internacional.

Aquesta posició es recolza en la idea que existirien uns deures entre els éssers humans, que John Rawls va anomenar *deures naturals*, que s'apliquen amb independència dels actes voluntaris de les persones i de les seves relacions institucionals¹⁷⁹. Entre els éssers humans, entesos com a persones morals iguals, hi hauria, entre d'altres, un deure d'ajut mutu. En l'exercici d'aquest deure, l'avantatge per a la persona que necessita l'ajut *compensa* la pèrdua d'aquells que l'assisteixen. Segons Rawls, el seu efecte sobre la qualitat de la vida diària és base suficient per acceptar aquest dret, ja que ofereix sentit de seguretat i confiança en els altres que no s'altera per la possibilitat que *mai necessitem aquest ajut*¹⁸⁰

Des de l'àmbit de la teoria sobre els deures morals especials i, partint del model de *responsabilitat assignada* de Robert E. Goodin, existiria una responsabilitat *imperfecta* de tots els estats parts en la comunitat internacional, considerats en conjunt, de donar als refugiats protecció. Aquesta responsabilitat es qualifica d'*imperfecta*, perquè no es refereix al deure de cap d'ells en particular de concedir algun tipus d'asil¹⁸¹.

En un sistema on es considera que tothom té assignat un *protector* per a la realització dels deures generals, com en el sistema internacional, a través del criteri de la nacionalitat¹⁸², quan un individu es troba mancat de protector, bé perquè no en té un d'assignat (apàtrides), bé perquè el que té assignat no està disposat o és incapaç de proporcionar el tipus de protecció necessària (refugiats i demandants d'asil per motiu de drets humans), llavors, la persona esdevé *responsabilitat residual* de tots. Els refugiats i els demandants d'asil són les víctimes del *sistema d'estats* i, en la mesura d'això aquests han de fer-se'n càrrec¹⁸³. L'assignació de responsabilitat en aquests casos hauria de

drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social, en la seva redacció donada per les lleis orgàniques 8/2000, de 22 de desembre, 11/2003, de 29 de setembre, i 14/2003, de 20 de novembre; Legislación de extranjeros, Madrid: BOE, 2005.

¹⁷⁹ John Rawls, *Teoría de la Justicia*, op. cit., pàg. 138.

¹⁸⁰ *Ibidem*, pàgs. 378-379.

¹⁸¹ Robert E. Goodin, "What Is So Especial about Our Fellow Countrymen?", *Ethics*, vol. 98, juliol de 1998, pàgs. 683-685.

¹⁸² En el Dret internacional públic es parteix de que tots els éssers humans són protegits pels estats dels que són nacionals, els quals poden exercir, per exemple, *protecció diplomàtica*, sempre s'hagi establert el lligam de la nacionalitat.

¹⁸³ *Refugees are quintessentially victims of the states system. If the moral justification of the territorial*

resultar de la identificació de *qui* és capaç de complir *efectivament* amb el *deure general* de la comunitat¹⁸⁴.

173. Aquesta argumentació, segons la qual és *responsable subsidiari*¹⁸⁵ qui pot complir *efectivament* amb els deures generals de la comunitat, també és útil a l'hora de justificar el deure dels estats de no aplicar determinats mecanismes per evitar que els refugiats tinguin qualsevol opció de travessar les fronteres del seu territori¹⁸⁶.

Des d'aquesta perspectiva, la comunitat internacional té una responsabilitat col·lectiva subsidiària de procurar asil a les persones que estan en una situació de *necessitat de protecció* perquè estan privades dels seus drets/necessitats bàsiques, i que pateixen una *vulnerabilitat especial*¹⁸⁷.

Els individus es troben en una situació de *vulnerabilitat especial*¹⁸⁸, bé perquè podrien ser perseguits en els països d'origen per part de les autoritats, bé perquè aquestes autoritats no volen o no poden protegir-los, o bé, perquè hom es troba en un context de *failed state* on les autoritats de l'estat, si encara són identificables, són

state is to provide an authority accountable for the well-being of a designated citizenry, then the failure of individual states to discharge this task creates a responsibility on those who suffer persecution in the territories in which they are nominally owed a primary duty of care. William Maley, "A global refugee crisis?", William Maley, Alan Dupont, Jean-Pierre Fonteyne, Greg Fry, James Jupp, Thuy Do, *Refugees and the Myth of the Borderless World*, Canberra: Department of International Relations-Australian National University, 2002, pàg. 1.

¹⁸⁴ En aquest sentit, les *responsabilitats especials* serien assignades únicament com a mecanisme per complir *més eficientment* els *deures generals*. En cas que un estat resulti incapaç de complir efectivament amb les seves responsabilitats, com podria ser el cas dels *failed states*, llavors, cal que sigui bé *reconstituït*, bé *assistit*. Robert E. Goodin, "What Is So Especial about Our Fellow Countrymen?", *loc. cit.*, pàgs. 684-685.

¹⁸⁵ Robert E. Goodin l'anomena *secondary back-up responsibility*. *Ibidem*, pàg. 686.

¹⁸⁶ Per exemple, en el cas dels refugiats del cas *Tampa* a Austràlia. *Infra* Capítol VII §247. Per a una justificació de l'existència de *deures especials*, Philip Pettit, Robert Goodin, "The Possibility of Special Duties", *The Canadian Journal of Philosophy*, vol. 16, núm. 4, desembre de 1986, pàgs. 651-676.

¹⁸⁷ La noció de vulnerabilitat especial fa referència al fet que certs col·lectius de persones troben obstacles socials i jurídics que els impedeixen assolir i ostentar un àmbit de titularitat de drets i una amplitud i profunditat en el seu gaudi equivalents als que posseeixen altres persones i que, en qualsevol cas, siguin els adequats a allò que exigeix el respecte a la dignitat pròpia d'una persona en la seva situació. Aquesta noció implica que determinats interessos d'aquestes persones han estat vulnerats, ho estant sent o es troben en risc de ser-ho, que aquestes vulneracions han d'acabar-se, ser previngudes i impedides; i que l'especial debilitat o indefensió en què es troba aquesta classe de persones exigeix l'adopció de normes i/o tècniques jurídiques protectores específiques. Fernando Mariño Menéndez, "Introducción: Aproximación a la noción de persona y grupo vulnerable en el Derecho europeo", Fernando Mariño Menéndez, Carlos Fernández Liesa (direcció i coordinació), *La protección de las personas y grupos vulnerables en el derecho europeo*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales-Subdirección General de Publicaciones, 2001, pàgs. 21-22.

¹⁸⁸ Aquesta noció de vulnerabilitat no es refereix al concepte de *grups vulnerables*, que no tenen a veure amb els criteris per obtenir la qualificació com a *refugiat*, i que fins i tot, a vegades ha estat utilitzats per justificar la negació d'aquest estatut. Sobre aquests, en relació a la definició de refugiat, Frank Arne Sieverts, "The refugee definition and vulnerable groups", Gudmundur Alfredson, Peter Macalister-Smith (eds.), *The Living Law of Nations. Essays on refugees, minorities, indigenous peoples and the human rights of other vulnerable groups in memory of Atle Grahl-Madsen*, Kehl,...: N.P. Engel Publisher, 1996, pàg. 62.

incapaces d'assegurar protecció. El deure especial respecte de cada individu que es trobi en una situació d'aquestes característiques recaurà en l'entitat, estat o institució internacional que estigui en millor posició per oferir una protecció adequada, eficaç i suficient.

L'argument central que fonamenta aquesta afirmació rau en considerar que hom té responsabilitats especials de protegir aquells que són especialment vulnerables respecte de nosaltres mateixos. La qüestió de la *vulnerabilitat* és una qüestió que es refereix a l'ens que qualifiquem de vulnerable a partir d'un determinat llindar de mancança, però també és una noció relativa i relacional¹⁸⁹. La *responsabilitat* en aquest context és conseqüencialista, perquè es tracta de determinar l'entitat que es troba en una situació particularment òptima (*is particularly able*) per proporcionar protecció. La vulnerabilitat i l'atribució de responsabilitats especials en funció d'aquesta cal que siguin tractades com a *fet social*, i aquest *fet*, que suposa que algú és més vulnerable respecte d'un estat proporciona la justificació moral per complir amb les responsabilitats¹⁹⁰. Per això, com apunta Goodin, és erroni simplement *assignar responsabilitat a aquells que són ja responsables* (o deutors), és a dir, que són els causants de la situació de vulnerabilitat¹⁹¹.

174. Les nocions de *necessitat de protecció* i *vulnerabilitat* que fonamenten la protecció dels demandants d'asil no són en absolut excloents sinó complementàries i, de fet, la noció de *persecució* pot subsumir-se la majoria de les vegades en la noció de *necessitat de protecció*, tot i que no a l'inrevés.

L'atribució de responsabilitat en cada cas dependrà, així, de criteris de capacitat i d'oportunitat, una barreja de criteris materials, geogràfics, que haurien de determinar *qui*, en cada situació concreta, es troba en una millor situació per satisfer la responsabilitat col·lectiva de la comunitat internacional.

En general, l'obligació d'acollir els demandants d'asil i donar-los una protecció provisional recaurà, d'acord amb aquests postulats: en primer lloc i de forma immediata en els estats veïns, és a dir, aquells que comparteixen fronteres físiques amb els estats d'origen dels demandants d'asil; en segon lloc, en els estats de la regió; i, en tercer lloc, en totes les entitats amb capacitat suficient de la comunitat internacional, estats, organitzacions internacionals de caràcter humanitari, organitzacions no governamentals, etc.

En tots els casos, però sobretot en el darrer, la supervisió, la coordinació i, fins i tot l'assistència directa recauria en una institució de caràcter internacional com ho podria ser el mateix ACNUR, sempre que es garantís l'autonomia i imparcialitat de la

¹⁸⁹ Robert. E. Goodin, *Protecting the Vulnerable. A Reanalysis of our Social Responsibilities*, Chicago & London: The University of Chicago Press, 1985, pàg. 118.

¹⁹⁰ *Ibidem*, pàg. 125.

¹⁹¹ *Ibidem*, pàg. 125.

seva actuació. La legitimitat de l'activitat de la institució i la seva eficàcia requeririen, en aquest sentit, la reformulació de les seves tasques i responsabilitats, a més d'una major autonomia financera.

La tasca d'aquesta institució internacional inclouria no només l'ajut i col·laboració amb mitjans tècnics, sinó també amb mitjans personals i econòmics, canalitzant la redistribució de béns per les despeses que l'acollida de persones pugui ocasionar en moments d'afluència massiva. Quan els responsables directes de l'assistència no poden donar protecció per manca de capacitat suficient, l'acció internacional està condicionada a la redistribució de grups de persones entre els estats, entre grups d'estats o d'organitzacions internacionals o, fins i tot, a la prestació directa protecció. En aquest darrer supòsit, l'assistència internacional prestada directament tindria els mateixos fonaments que l'assistència internacional que es presta en estats en situació de *failed state*, amb situacions d'emergència complexa, o que són víctimes de conflictes armats. L'assistència que les entitats internacionals presten a persones que són fora dels seus estats d'origen i que cerquen protecció en altres estats és complementària de la que es presta en l'estat d'origen i d'èxode potencial, encara que aquesta també es pot considerar en ocasions un eficaç substitut de l'obligació d'acollida temporal, en tant que la migració transfronterera s'hagi evitat¹⁹².

Quant al rol d'aquesta institució internacional, la centralització dels mecanismes de solidaritat només es justificaria per criteris d'utilitat i de maximització de l'eficàcia dels mitjans. L'exercici d'activitats per a la gestió de les situacions concretes és subsidiària de la resposta adequada que, per exemple, sigui oferta per mecanismes anàlegs de caràcter regional, independentment de que si la situació excedeix l'àmbit d'actuació d'un d'ells pugui ser completada o coordinada per la institució internacional que actua amb abast més general. La gestió concreta dels fluxos de població dependrà en cada cas de l'abast temporal i geogràfic del desplaçament i de l'existència, disponibilitat, i capacitats de mecanismes locals o regionals.

La determinació de *qui* és responsable en cada cas és, per tant, una qüestió relativa que depèn dels factors concrets que caracteritzin la situació que produeix demandes de protecció. Això no és obstacle, per a que hom sigui capaç de preveure els mecanismes i mitjans necessaris per actualitzar aquesta responsabilitat que, en definitiva, suposa la concreció d'una responsabilitat solidària *transnacional*¹⁹³ en què totes les entitats hi són implicades.

¹⁹² En aquest sentit, Luis Peral assenyala que una determinada visió de la seguretat dels estats imposa el reforçament dels mitjans destinats a prestar assistència a la població dins del seu propi país, i que els estats no haguessin contribuït a reforçar aquests mitjans si no és "a canvi d'una *deslegitimació* de l'èxode forçós". Luis Peral, *Éxodos masivos, supervivencia y mantenimiento de la paz*, Madrid: Trotta, 2001, pàg. 115.

¹⁹³ Per a Mark Gibney, responsabilitat entesa sovint a la pràctica com a *no-responsabilitat*; Mark Gibney, "Ethics and refugees", Jean-Marc Coicaud, Daniel Warner (ed.), *Ethics and International Affairs*, Tokyo, Nova York, Paris: United Nations University Press, 2001, pàgs. 236-238.

Aquesta previsió institucional, d'altra banda, no té una finalitat *únicament humanitària*, sinó que també afavoriria l'acompliment dels *interessos egoistes dels estats*, com un control més efectiu de les fronteres, a més de l'estabilitat internacional o el respecte dels drets humans¹⁹⁴.

175. L'opció de definir les persones a qui s'ha de proporcionar asil a partir de les categories de necessitat de protecció i vulnerabilitat suposa recuperar el sentit principal del concepte d'*asil*, que en el context europeu ha estat reduït a la protecció territorial concedida als *refugiats* en el sentit de la Convenció de Ginebra. Aquesta reducció ha suposat l'esclat dels sistemes de protecció interns dels estats anomenats de caràcter humanitari, en una multiplicitat de nous estatuts i situacions de fet que impliquen algun tipus de protecció, però que enlloc de qualificar-se d'*asil* es prefereixen adjectivar com *protecció subsidiària* d'acord amb l'enganyosa intenció de reduir els sistemes d'*asil*¹⁹⁵.

En definitiva, l'estatut de refugiat és un sistema de protecció internacional en el que participen tots els estats parts en la Convenció de Ginebra de 1951 i que ha de comportar la concessió d'*asil* en algun lloc, encara que no necessàriament en el territori de l'estat que ha reconegut una persona com a *refugiat*. Un funcionament adequat dels sistemes de protecció hauria d'incloure formes de distribució de les càrregues de temps, energia i altres recursos esmerçats per les entitats i estats *especialment* responsables.

L'*asil* és un sistema que implica algun tipus de protecció territorial del que haurien de gaudir els individus que es troben en una situació de *necessitat de protecció* en el sentit abans esmentat i de *vulnerabilitat especial* internacional. Els demandants d'*asil* són així totes aquelles persones que, essent o no refugiats, reclamen per a si aquest tipus de protecció en algun lloc i que, per tant, es presenten com trobant-se en una situació que els fa candidats a obtenir aquest *asil*.

176. Aquesta forma de veure les coses assumeix que, en definitiva, només el paradigma universalista pot emparar en alguna forma la justificació del dret de gaudir d'*asil* fora de la comunitat d'origen.

En resum, la concessió d'*asil* als refugiats i a d'altres persones en situació de necessitat anàloga, actualment no conforma una obligació internacional dels estats que vagi més enllà de la obligació d'*asil* provisional que sorgeix de la regla de *non-refoulement*. Ni els refugiats ni els demandants d'*asil* tenen dret a que se'ls concedeixi el dret de romandre en el territori d'un estat del que no són nacionals amb caràcter estable o fins que durin els motius que impedeixen el retorn al país d'origen. L'obligació de no retornar-los enlloc on puguin ser perseguits, al país d'origen o altres, en tot cas, s'amplia

¹⁹⁴ Oriol Casanovas, "La protection internationale des réfugiés et des personnes déplacées dans les conflits armés", *R. des C.*, tom 306, 2003 (2005), pàg. 142.

¹⁹⁵ En general, s'ha anomenat refugiats *de facto* a totes aquestes persones a qui no es reconeix la qualitat de refugiat en el sentit de la Convenció de Ginebra, però que estan en una situació de necessitat de protecció. Johan Cels, "Responses of European States to de facto Refugees", Gil Loescher, Laila Mohanan, *Refugees and International Relations*, Oxford: Oxford University Press, 1989, pàg. 188.

més enllà del principi de *non-refoulement* de la Convenció de Ginebra de 1951 per l'aplicació d'altres normes de dret internacional general o convencional, com la Convenció de les Nacions Unides contra la tortura o, en el context europeu, el Conveni per a la protecció dels drets humans i les llibertats fonamentats. El compliment d'aquesta obligació de no retorn, sigui quina sigui a seva base jurídica, conforma un tipus de protecció o *asil* provisional per a les persones que se'n beneficien, però, la concessió d'una protecció territorial indefinida és en tot cas només una qüestió d'*international comity* aplicada a les relacions entre els estats i la comunitat internacional.

El reconeixement que existeix un dret d'asil provisional, amb tot, permet respondre a la necessitat de protecció des de la perspectiva de la dignitat humana universal, sense que es posin en qüestió els fonaments de les lleialtats particulars.



SEGONA PART

EL DRET DE DEMANAR ASIL. L'ACCÉS DELS DEMANDANTS D'ASIL A UNA PROTECCIÓ PROVISIONAL A EUROPA

177. EL DRET D'ASIL DELS DEMANDANTS D'ASIL. En un ordre internacional d'estructura fonamentalment interestatal, on qualsevol *subjecte* diferent dels estats ha de justificar la seva legítima intromissió en ell a títol propi, els individus tenen un marge força limitat d'acció. En fugir, les persones entren en el *precari reialme entre sobirania*¹, és a dir, es situen en un espai *entre* l'estat de fugida i l'estat d'acollida, després de produir-se un trencament *de facto*, cas dels refugiats, o *de iure*, cas dels apàtrides, respecte de l'estat d'origen. En aquesta situació, les relacions que normalment hi ha entre estat i individu no es poden donar, i aquest últim resta a l'albiri de la *comunitat internacional*.

Segons el dret internacional, l'única protecció completa de les persones ve donada per la nacionalitat, però no hi ha ni un dret subjectiu d'obtenir la nacionalitat d'un estat, ni tampoc un dret d'accedir al seu territori. En aquest context, la permeabilitat del Dret del refugi al Dret internacional dels drets humans, el completa i el redefineix, i proporciona la mesura mínima de tractament dels individus. L'aplicació dels drets humans a la qüestió dels refugiats redueix l'impacte sobre els individus del fracàs dels estats en la seva funció de protecció de les persones, i proporciona un *estàndard mínim de protecció* a qui arriba a un àmbit jurisdiccional diferent de l'originari.

El desenvolupament del Dret dels drets humans, en paral·lel al Dret del Refugi ha configurat un dret de demanar asil que, formalment, només ha estat reconegut a la Declaració Universal de Drets Humans, però que també es deriva d'una interpretació conjunta i coherent de tot el sistema internacional de protecció de les persones. La invocabilitat d'aquest dret de demanar asil dependrà, en concret, de les circumstàncies en què es trobi la persona i, sobretot, de que es pugui establir una connexió entre el demandant i un estat d'asil provisional. Aquesta connexió es derivarà principalment de l'abast de la jurisdicció territorial de l'estat, o resultarà de l'exercici extraterritorial d'autoritat.

El dret de demanar asil, des de la perspectiva del dret dels drets humans en què s'inscriu, suposa que els estats estan *obligats a rebre* les demandes d'asil que es presentin davant de les seves autoritats i, en base al principi de bona fe aplicable al compliment de les obligacions internacionals, *a no establir obstacles desproporcionats*,

¹ S.B. Young, "Between Sovereigns: A Reexamination of the Refugee Status", *Transnational Legal Problems of Refugees*, Michigan Yearbook of International Legal Studies, New York: Clark Boardman Company, Ltd., 1982, pàg. 339.

*irraonables o injustos que impedeixin que la sol·licitud sigui efectivament presentada, rebuda i considerada*².

178. El fonament del dret de demanar asil i les seves implicacions pel que fa a una protecció provisional dels demandants d'asil constitueixen l'objecte d'aquesta segona part del treball. Per això també s'analitzen des d'aquesta perspectiva les previsions normatives de la Unió Europea i d'alguns dels estats europeus membres de la Unió que, juntament amb altres estats europeus conformen l'espai Schengen,

En primer lloc, en els capítols VI i VII, s'examinà quin és l'abast de l'autoritat dels estats en relació als demandants d'asil, des de la perspectiva de l'exercici de sobirania de l'estat sobre el seu territori, i des de la perspectiva del principi de *non-refoulement*.

Com ja s'ha assenyalat a la primera part d'aquest treball, l'exercici de les potestats estatals derivades de la sobirania sobre el territori són un element determinant de l'asil: el *quid* d'una nova protecció és, precisament, l'*accès* a una jurisdicció *sobirana* diferent de la de l'estat de la nacionalitat (o residència habitual). Aquest accés, del qual se'n deriva una protecció provisional d'acord amb les normes internacionals, té obstacles pràctics, que depenen de les circumstàncies en què es troba la persona, però també té obstacles jurídics que acostumen a estar vinculats a l'exercici de sobirania per part de l'estat *d'asil*. En el Capítol VI s'examinaran les qüestions més lligades a l'exercici de sobirania per part dels estats d'asil, als obstacles jurídics que els estats enginyen per evitar fer-se càrrec de persones que, probablement demanaran protecció, i a l'abast de la seva jurisdicció respecte dels demandants d'asil, tenint en compte l'aplicabilitat d'alguns instruments per a la protecció dels drets humans.

Conceptes bàsics com la sobirania dels estats han estat redefinits en l'estat actual del dret internacional, i en el context de la globalització, alhora que han estat creats espais territorials nous anomenats *zones internacionals*. Aquests fenòmens tenen conseqüències en l'estatut dels demandants d'asil i en el principi de *non-refoulement* que garanteix l'accés a la protecció i, també, l'accés a un lloc d'asil provisional. En l'anàlisi d'aquestes qüestions no es tracta tant de demostrar l'existència d'un dret subjectiu dels demandants d'asil d'accedir a una protecció durable, o de ser admesos formalment i/o durablement en el territori d'un estat d'asil, sinó, més aviat, establir fins on arriba el poder d'exclusió de l'estat, i de determinar les conseqüències jurídiques en l'estat actual del dret internacional de la presència efectiva de demandants d'asil sota la jurisdicció d'un estat. En determinades situacions, de la impossibilitat per part dels estats d'excloure determinades persones del seu territori o d'espais sotmesos a la seva jurisdicció es deriva un dret d'asil provisional. No hi ha un dret autònom d'entrar en el

² Fernando Mariño Menéndez, "La singularidad del asilo territorial en el ordenamiento internacional y su desarrollo regional en el derecho europeo", Fernando Mariño Menéndez (ed.), *El Derecho internacional en los albores del siglo XXI. Homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa*, Madrid: Trotta, 2002, pàg. 467.

territori d'un estat estranger, però aquest pot ser la conseqüència de l'obligació de no exclusió derivada de normes de dret internacional.

Com ha posat en relleu James C. Hathaway, els refugiats tenen drets que resulten de la seva *presència física* en un estat, que es poden distingir dels drets que eventualment tinguin si s'hi estan o si hi resideixen legalment, un cop s'ha produït formalment la seva regularització³.

En el Capítol VII s'examinaran les qüestions relatives a la protecció que ofereix el principi de *non-refoulement*, l'abast de la seva aplicació, i les conseqüències que té respecte del dret de demanar asil. L'accés dels individus al territori d'un estat estranger és una qüestió que, tradicionalment, s'ha considerat que depenia de l'exercici de sobirania dels estats i, per tant, en certa mesura, implicava una activitat positiva de les autoritats que controlen l'entrada en el territori, en el marc de les polítiques d'immigració. La validesa d'aquests pressupòsits i la seva aplicabilitat en qualsevol situació, però, han de ser qüestionades a partir de l'evolució que han tingut tant el Dret relatiu a l'asil i el refugi, com el Dret dels drets humans.

Del Dret dels drets humans resulten *límits* més o menys implícits a la utilització de l'autoritat sobirana dels estats⁴ per excloure de la seva jurisdicció els demandants d'asil, i condicionaments de l'organització de les relacions entre el poder públic i els particulars que depenen de la seva autoritat. Aquestes qüestions podrien ser vistes com a contradictòries amb el principi de la reserva de competència nacional de l'art. 287 de la Carta de les Nacions Unides⁵, però reflecteixen el procés de redefinició actual del propi concepte de sobirania envers paràmetres més relatius com els de la *sobirania funcional* dels estats⁶.

L'impacte dels drets humans en l'estatut dels demandants d'asil té com a conseqüència que l'abast de l'autoritat sobirana dels estats d'excloure persones estrangeres del territori hagi estat redefinit, malgrat la resistència que el paradigma de la seguretat demostra tenir després de l'11 de setembre de 2001⁷. Les potestats de l'estat, en aquest sentit, depenen de l'exercici de sobirania a través de la conclusió de tractats internacionals amb altres estats, però també de la formació o consolidació de normes,

³ James C. Hathaway, *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2005, pàgs. 278-912.

⁴ La consideració de normes de dret internacional que defineixen l'ús de la sobirania dels estats respecte dels éssers humans, duu implícita la principal idea del constitucionalisme, que és la limitació del poder: els estats, en el moment actual del desenvolupament del dret internacional, es regeixen també per normes diferents que les que resulten únicament de la seva pròpia voluntat. S.B. Young, "Between Sovereigns: A Reexamination of the Refugee Status", *loc. cit.*, pàgs. 339-340 i 351-355.

⁵ Pierre-Marie Dupuy, *Droit international public*, Paris: Dalloz Sirey, 1992, pàg 147.

⁶ Sobre aquest concepte, Panayotis Soldatos, *Le système institutionnel et politique des Communautés européennes dans un monde en mutation. Théorie et pratique*, Brussel·les: Bruylant, 1989, pàgs. 13-30.

⁷ Alguns consideren que, fins a cert punt, s'està davant d'una certa contradicció de tipus *existencial*. Olivier de Schutter, "Les Critical Legal Studies au pays du droit international public", *Droit et Société*, núm. 22, 1992, pàgs. 585-605.

principis, regles generals i pràctiques que expressen interessos compartits de la comunitat internacional. La sobirania dels estats quant a l'accés i exclusió del territori pot exercir-se, només, dins d'uns determinats marges d'acció.

L'exercici lliure de les potestats derivades de la sobirania pel que fa a l'accés, permanència i sortida obligatòria de persones estrangeres en el territori ha anat sent emmarcada, contrarestada o fins i tot redefinida per la incorporació de determinades normes en textos convencionals generalment acceptats, com l'obligació de *non refoulement*; el desenvolupament de l'abast de la protecció dels drets humans; i la relativa autonomització d'algunes normes convencionals en el dret consuetudinari o com a principis d'humanitat. De la mateixa manera que la sobirania ja no pot ser considerada absoluta, tampoc ho poden ser els seus atributs com la potestat d'excloure l'entrada d'estrangers, o la relativa al control dels fluxos de persones a través de les fronteres. El *non refoulement* i els principis d'humanitat constitueixen paràmetres de delimitació internacional de la discrecionalitat dels estats en l'exercici de sobirania⁸.

179. En segon lloc, es tractarà de veure com s'ha intentat resoldre en el marc de la Unió Europea la qüestió de l'admissió dels demandants d'asil, des dels acords de Schengen fins al programa de La Haia de 2004, passant pel Conveni de Dublín i el programa de Tampere de 1999, des del moment en què s'acara la qüestió dels demandants d'asil com a àmbit d'interès per a la realització dels objectius comunitaris. A aquestes qüestions es dedicaran els capítols VIII i IX.

L'admissió en el territori dels demandants d'asil ha estat, des de sempre, un dels elements més importants de l'efectivitat del Dret del refugi i de l'asil. Significa l'acceptació explícita per part d'un actor internacional que la persona que cerca asil està protegida provisionalment i és subjecte de drets i obligacions derivats del sistema jurídic que fa l'admissió. Per això, la regulació de l'admissió en el territori suposa que es resolgui en un sentit determinat la tensió entre la protecció dels drets humans i la preservació de la seguretat interior dels estats que, en aquest cas, s'expressa a través de la noció d'*ordre públic*.

La definició de l'ordre públic estatal que, tradicionalment, formava part de l'exercici discrecional de sobirania, i que s'establia en funció de l'apreciació que en cada moment fessin les autoritats dels perills que atansaven les seves societats, avui dia, per als estats membres de la Unió Europea, ja no és autònom de la configuració d'un *ordre públic europeu* per part d'instàncies internacionals supraestats i independents. El tractament dels demandants d'asil que es troben sota la jurisdicció d'un estat membre del Consell d'Europa depèn d'un ordre públic configurat a un nivell supraestatal, que escapa a la sola determinació de l'estat. En aquest sentit, es plantejarà si la normativa de la UE que afecta a l'admissió dels demandants d'asil en el territori d'un dels estats

⁸ Deborah Perluss, Joan F. Hartman, "Temporary Refuge: Emergence of a Customary Norm", *VJIL*, vol. 26, núm. 3, 1986, pàg. 618.

membres és compatible amb aquest *ordre públic europeu* consolidat, principalment, a través de la jurisprudència del Tribunal Europeu de drets humans.

180. En tercer lloc, es farà un repàs de les mesures que es preveuen en legislacions significatives d'alguns estats europeus per tal de regular l'entrada o, més aviat, la *no entrada* de demandats d'asil en el territori.

Com va posar en relleu Esperanza Orihuela Calatayud, una de les conseqüències del dret de demanar asil és el *dret de presentar la sol·licitud, la seva recepció i anàlisi individualitzat*⁹. Malgrat això, en els darrers anys, els estats europeus han utilitzat estratègies que posen en perill aquests drets com les basades en el concepte de *primer país d'asil, estat d'origen segur i estat tercer segur*. A aquestes qüestions, i a les perspectives d'harmonització europea es dedicarà el Capítol X.

⁹ Esperanza Orihuela Calatayud, "El derecho a solicitar asilo. Un derecho en fase terminal por las violaciones del derecho internacional", *RJUAM*, núm. 9, 2003, pàg. 70.

CAPÍTOL VI ABAST DE LA JURISDICCIO DE L'ESTAT RESPECTE DELS DEMANDANTS D'ASIL. SOBIRANIA, ACCÉS AL TERRITORI, EXERCICI D'AUTORITAT PER PART DE L'ESTAT I ZONES INTERNACIONALS

181. Quan els demandants d'asil que fugen de situacions de persecució o maltractament aconseguen situar-se fora de la jurisdicció de l'estat d'origen deixen de poder beneficiar d'una hipotètica protecció proporcionada per aquest, i no tornen a poder gaudir d'una protecció similar fins que no es situen altra cop dins de la jurisdicció d'un altre estat. Per això, una de les formes que els estats han utilitzat per eludir fer-se càrrec d'aquestes persones i determinar la seva situació com a refugiats o com a mereixedors d'un altre tipus de protecció, ha estat restringir l'abast de la seva jurisdicció quan aquesta es projecta sobre persones estrangeres. Avui en dia hi ha una certa obsessió paradoxal amb les fronteres, com apuntava Zygmunt Bauman, ja que, si bé en el context de la globalització són cada vegada menys efectives i perden la seva eficàcia i importància pràctica, cada cop són percebudes com amb més sentit de forma que *tendeixen a estar sobresaturades de significat*¹⁰. Aquesta contradicció lògica fa que es produeixin situacions certament ambigües i conflictives com les que es deriven de la utilització de tècniques d'exclusió de la responsabilitat per part dels estats, que van més enllà d'una concepció jurídicament ajustada de la frontera.

Per tot això, és oportú plantejar una sèrie de qüestions en l'estat actual del dret i de la societat internacional. En primer lloc, quin és el fonament o el títol de l'autoritat dels estats respecte dels demandants d'asil (A.); en segon lloc, com s'articula l'accés al territori d'un estat estranger dels demandants d'asil i, fins a quin punt els estats poden exercir discrecionalment el seu poder d'impedir aquest accés (B.); i, en tercer lloc, quin és l'abast de la jurisdicció respecte dels demandants d'asil que es troben en una situació que per algun motiu els vincula a un estat estranger (pel lloc on es troben o per estar afectats per actes d'autoritat de l'estat), especialment, quan els demandants es troben en les anomenades *zones internacionals* (C.).

A. LA SOBIRANIA DELS ESTATS EN RELACIÓ ALS ESTRANGERS DEMANDANTS D'ASIL

¹⁰ Zygmunt Bauman, *Noves fronteres i valors universals*, Barcelona: Centre de Cultura Contemporània de Barcelona, 2006, pàg. 6.

1. Sobirania territorial i dret internacional

182. En general, s'entén que el dret internacional *assegura a cada estat el respecte de la seva sobirania dins les seves fronteres*, segons allò que ha estat anomenat la *funció territorial* d'aquest dret que separa i divideix els espais sobre els que els estats projecten les seves potestats¹¹. Entorn de la noció de domini del territori es construeix el contingut essencial de la sobirania i, a partir d'ella, l'estat expressa les seves potestats i competències, principalment, en i sobre el territori.

Això no és obstacle per que la competència anomenada *territorial* de l'estat entri en conflicte amb competències d'altres estats basades en nocions diferents. Pel que fa als demandants d'asil, la competència dels estats sobre el territori determina la protecció d'aquestes persones en països dels que no són nacionals, malgrat també puguin entrar dins de l'àmbit de la competència personal d'altres estats.

Les característiques o atributs que generalment es vinculen a la sobirania dels estats, independència, exclusivitat i autonomia, actualment no signifiquen que es puguin exercir il·limitadament o de forma absoluta les potestats que es deriven d'aquesta noció¹². Com ha estat assenyalat per la doctrina, la sobirania *és una noció qualitativa i no quantitativa*¹³ i *no es defineix pel seu contingut sinó des d'una dimensió relacional entre l'estat i el dret internacional*¹⁴. La sobirania de l'estat no pot definir-se a partir de la suma de les seves potestats, competències i drets definits de forma abstracta ja que, tant si es considera que aquests són *atribuïts* als estats pel dret internacional (teoria de les competències)¹⁵, com si

¹¹ També anomenada *funció espacial*, precedeix, és el pressupòsit, i alhora la crida de les altres dues funcions *correctives* del dret internacional, la funció de coexistència, o *reguladora*, i la funció de cooperació o *solidarista*. Prosper Weil, "Le droit international en quête de son identité. Cours général de droit international public", *R. des C.*, tom 237, 1992-VI, pàgs. 35-39. En aquest mateix sentit, Alain Pellet, posa l'accent en que el dret internacional apareix com a *necessari per tal d'organitzar la coexistència de les entitats sobiranes* que són els estats, com a *conseqüència ineluctable* de la definició mateixa de la sobirania en el pla internacional. Alain Pellet, "Le droit international à l'aube du XXIème siècle (La société internationale contemporaine-Permanences et tendances nouvelles)", *CEBDI*, vol. I, 1997, pàg. 62.

¹² Una anàlisi dels diferents sentits que al llarg de la història s'han donat políticament i doctrinal a la noció de sobirania es troba a Antonio Truyol y Serra, "Souveraineté", *Archives de Philosophie du Droit. Vocabulaire fondamental du droit*, tom 35, 1990, pàgs. 313-326; i *Fundamentos de Derecho internacional público*, Madrid: Tecnos, 4ª ed., 1977, pàgs. 85-95; i també, des de la perspectiva de les relacions internacionals, Robert Jackson, "Sovereignty in World Politics: a Glance at the Conceptual and Historical Landscape", *PS*, vol. XLVII, *Special Issue* 1999, pàgs. 431-456.

¹³ Jerzy Kranz, "Réflexions sur la souveraineté", Jerzy Makarczyk (ed.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century. Essays in honour of Krzysztof Skubiszewski*, The Hague: Kluwer Law International, 1996, pàg. 213.

¹⁴ Oriol Casanovas i La Rosa, "Unidad y pluralismo en Derecho internacional público", *CEBDI*, vol. II, 1998, pàg. 146. En aquest mateix sentit, *las nociones de Estado soberano y Derecho internacional lejos de ser conceptos antitéticos son conceptos interdependientes. El Estado es soberano porque está directamente sometido al Derecho internacional y el Derecho internacional es un conjunto de normas que regulan la conducta de los Estados soberanos. Esta relación, ciertamente circular desde el punto de vista lógico, sólo se puede explicar porque histórica, social y jurídicamente los Estados soberanos han constituido una comunidad internacional (Ibidem)*.

¹⁵ Hans Kelsen, *Derecho y paz en las relaciones internacionales* (traducció Florencio Acosta),

es parteix d'aquests com a *inherents* a les entitats sobiranes (delimitació dels poders de l'estat pel dret internacional)¹⁶, tots ells depenen de què estableixi el dret internacional en cada moment determinat històricament i de les funcions i finalitats que serveixi¹⁷.

Considerant, així, que la sobirania de l'estat i l'ordenament jurídic que aquest estableix només estan sotmesos al dret internacional, i que el territori és l'espai on s'exerceixen vàlidament els poders derivats de la sobirania, llavors, els ordenaments dels estats només podran ser vàlidament definits o redefinits progressivament a partir del dret internacional, per tant, les normes convencionals¹⁸, consuetudinàries, i els principis generals del dret¹⁹. En aquest sentit no és correcte ni *assimilar la sobirania de l'estat a una llibertat absoluta (omnipotència) en l'extensió i en l'exercici de les competències que no estan reglamentades per normes particulars del dret de gens*, ni *considerar la sobirania com una noció que té un contingut material fix i percebre el desenvolupament i la influència creixent del dret de gens en la perspectiva d'una reducció de la sobirania*²⁰. L'exercici de la sobirania dels estats, que inclou la definició del territori o l'àmbit de validesa espacial de l'ordenament intern²¹, s'emmarca en allò que estableixi el dret internacional, instrument normatiu dinàmic que expressa dels interessos de la comunitat internacional i que té per funció servir aquests.

México: Fondo de Cultura Económica, 1986, pàgs. 103-108. Sobre aquesta teoria i els seus principals exponents, Benedetto Conforti, "Note Sulla Teoria della Competenza", *Studi in ricordo di Antonio Filippo Panzera*, vol. I, Bari: Cacucci Editore, 1995, pàgs. 287-298.

¹⁶ Per exemple, Charles Rousseau, *Droit international public*, Paris: Sirey, 1953, pàgs. 233-239.

¹⁷ Oriol Casanovas i La Rosa, "Unidad y pluralismo en Derecho internacional público", *loc. cit.*, pàgs. 198-199.

¹⁸ Les normes convencionals contribueixen a configurar el marc on s'inscriu la sobirania dels estats sense que això signifiqui necessàriament que els estats autolimiten o abandonen sobirania, sinó que l'exerceixen, condicionant aquest exercici els següents, com la CPIJ ha interpretat en l'afer del *Vapeur de Wimbledon*: *La Cour se refuse à voir dans la conclusion d'un traité quelconque, par lequel un Etat s'engage à faire ou à ne pas faire quelque chose, un abandon de sa souveraineté. Sans doute, toute convention engendrant une obligation de ce genre, apporte une restriction à l'exercice des droits souverains de l'Etat, en ce sens qu'elle imprime à cet exercice une direction déterminée. Mais la faculté de contracter des engagements internationaux est précisément un attribut de la souveraineté de l'Etat*. CPIJ, sentència de 17 d'agost de 1923, *Affaire du Vapeur "Wimbledon"*, CPIJ Rec., sèrie A, núm. 1, pàg. 25.

¹⁹ *La soberanía territorial surte el efecto de una presunción. Debe ceder ante todas las obligaciones internacionales sea cual fuere el origen de éstas, pero no cede sino ante ellas*. Tribunal Permanent d'Arbitratge, sentència de 16 de novembre de 1957, afer del *Lago Lanós/Lannoux (Espanya c. França)*; Oriol Casanovas, Àngel J. Rodrigo, *Casos y Textos de Derecho Internacional Público*, Madrid: Tecnos, 2005, pàg. 288.

²⁰ Jerzy Kranz, "Réflexions sur la souveraineté", *loc. cit.*, pàg. 203. La sobirania és una situació fàctica que troba el seu reflex en el dret internacional, de forma que sense crear-la, la protegeix amb les seves normes i, en conseqüència, els greuges a la sobirania es defineixen a través de violacions de normes de dret internacional que la protegeixen i no per la violació d'un pretès principi jurídic de la sobirania (*Ibidem*, pàgs. 213-214).

²¹ Sobre la definició de territori com a àmbit de validesa de l'ordre jurídic estatal, Julio A. Barberis, "El territorio del Estado", *CEBDI*, vol. IV, 2000, pàgs. 242-246.

2. La noció de sobirania territorial en el context de la globalització

183. Malgrat ser l'estat l'entitat bàsica entorn de la que gira encara avui el dret internacional, certament la idea de sobirania com a principi *superior* que regeix el sistema estatal ja no és implícitament acceptada per tothom. Fins i tot ha estat considerada un *obstacle* en les tendències tingudes per desitjables cap a la globalització, la descentralització i fins i tot per a la protecció dels drets humans. El contingut de la sobirania ha canviat, perquè han canviat les circumstàncies en què es manifesta, el context, els valors i principis de l'entorn social on s'aplica; la sobirania és, en definitiva un *producte de les forces socials i polítiques que reflecteixen les noves identitats socials, valors-pautes, i conflictes d'interessos -tot el conjunt de factors que produeixen el canvi històric*²².

Davant de fenòmens com la globalització²³ el dret internacional ha deixat de ser l'única referència de la distribució de poder a través del territori. Les fronteres dels estats esdevenen cada cop més permeables per causa de fenòmens diversos com les migracions internacionals forçoses d'acord amb el que ha estat anomenat *nomadisme internacional*, que esborra els espais i penetra les fronteres fent que l'àmbit tradicional de l'estat, la territorialitat, *ja no pugui assegurar el (seu) tancament (...) ni pugui protegir la seva identitat*²⁴.

Per a autores com Sarah Collinson o Susan Strange, no desapareix la noció d'estat, sinó que canvia la *qualitat de l'autoritat* que els estats, a través dels seus governs, poden exercir. Com s'ha vist en el Capítol III.A. d'aquest treball, els estats estan perdent la capacitat de gestionar alguns bens comuns d'interès fonamental per a les societats com proveir-les de seguretat contra la violència i el terrorisme internacional, o com també gestionar una moneda estable per al comerç i les inversions, establir un sistema de dret i els mitjans per fer-lo efectiu. Es produeix una *difusió* de l'autoritat estatal que obre espais de no autoritat, de no govern, els quals, en part, són ocupats per actors amb poders que transcendeixen els marcs territorials²⁵. Paral·lelament als processos

²² Oscar Schachter, "Sovereignty - Then and Now", R.St. J. Macdonald (ed.), *Essays in Honour of Wang Tieya*, London: Kluwer Academic Publishers, 1993, pàgs. 671-672.

²³ Que evoca l'augment de l'homogeneïtat econòmica, ideològica i cultural, així com també la idea de solidaritat, una *acceleració qualitativa* dels corrents d'informació, la creixent interdependència de les societats i els fluxos de persones a través de les fronteres per tot arreu. Serge Sur, "The State between Fragmentation and Globalization", *EJIL*, vol. 8, núm. 3, 1997, pàg. 428.

²⁴ *Ibidem*, pàg. 422. Saskia Sassen destaca com les migracions internacionals en part depenen de les condicions que produeix la internacionalització i globalització econòmica, tant en les àrees de sortida com en les de rebuda, i que per això també, les possibilitats dels estats d'exercir el control sobre les migracions es reconfiguren a partir d'aquests factors. Saskia Sassen, "Beyond Sovereignty: Immigration Policy Making Today", *Social Justice*, vol. 23, núm. 3 *Immigration: A Civil Rights Issue for the Americas in the 21st Century*, 1996, pàgs. 9-20.

²⁵ Susan Strange, *La retirada del Estado*, (traducció Josep Ibáñez), Barcelona: Icaria Editorial-Intermón Oxfam, 2001, pàgs. 21-36; i també Sarah Collinson, *Globalisation and the dynamics of international migration: implications for the refugee regime*, *Refworld-UNHCR Working Papers, New Issues in Refugee Research*, Working Paper No.1, maig de 1999, pàgs. 3-4.

d'internacionalització, interdependència o liberalització, definits a partir de la figura de l'estat, s'esdevé una *desterritorialització* de determinats àmbits que no travessen, sinó que *transcendeixen* les mateixes fronteres²⁶.

184. D'alguna manera, l'estratègia *territorialitzada* de protecció de la seguretat posterior als atemptats terroristes d'onze de setembre de 2001, és una reacció desesperada i contradictòria davant de la constatació tràgica que determinats àmbits han deixat d'estar vinculats al territori.

Alguns autors i comentaristes han posat en relleu les pèrdues que produeixen aquests canvis, i consideren que *la forma clàssica de l'Estat nacional està avui en procés de desintegració*²⁷; parlen de la decadència, del declivi²⁸, de la *perforació*²⁹ o del *buidament*³⁰ de la sobirania, i de la *desposseïció* de l'estat³¹. D'altres, destaquen les possibilitats que això obre, des de perspectives lligades al cosmopolitisme, i l'abandonament de valors vinculats al territori. Però, en definitiva, la qüestió és, com exposa Luigi Ferrajoli, que, *(e)n realitat, allò que ha entrat en una crisi irreversible, molt abans encara que l'atribut de la sobirania, és precisament el seu objecte: l'estat nacional unitari i independent, la identitat del qual, posició i funció han de ser revisades de les seves actuals transformacions de fet i de dret en les relacions internacionals*³².

En aquest context d'abast ja mundial, la figura de l'estat, malgrat tot, no sembla abocada a desaparèixer completament. És palès que està sotmesa a un procés de transformació i adaptació, i que manifesta una elasticitat o *resilience* que també és la garantia de la seva pervivència, al menys en allò que és essencial³³. Els canvis estructurals

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Jürgen Habermas, *Ciudadania Política i Identitat Nacional*, Barcelona: Publicacions de la Universitat de Barcelona, 1993, pàg. 60. Aquest escrit ha estat revisat i publicat posteriorment en una obra més àmplia, sense que hagi canviat pel que fa al seu fons, a Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, traducció de Manuel Jiménez Redondo, Madrid: Trotta, 1998, pàgs. 619-643.

²⁸ Aquest permetria parlar d'altres entitats com a *espais polítics en sentit propi*. Massimo La Torre, "Autunno della sovranità. Comunità europea e pluralismo giuridico", *Ragion pratica*, anno VII, núm. 12, 1999, pàg. 209.

²⁹ Oswaldo de Rivero, *Los Estados inviables. No-desarrollo y supervivencia en el siglo XXI*, Madrid: Instituto Universitario de Desarrollo y Cooperación (UCM)-Los libros de la Catarata, 2003, pàg. 32.

³⁰ Jürgen Habermas, *Más allá del Estado nacional* (trad. Manuel Jiménez Redondo), Madrid: Trotta, 1997, pàg. 175.

³¹ Ricardo Petrella, "La dépossession de l'Etat", *Le Monde diplomatique*, núm. 545, agost 1999, pàg. 3.

³² Luigi Ferrajoli, "La soberanía en el mundo moderno", *id. Derechos y garantías. La ley del más débil* (traducció de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi), 2ª ed, Madrid: Trotta, 2001, pàg. 148.

³³ Analitza la *resilience* del sistema d'estats, és a dir, la seva elasticitat i capacitat de recuperació en funció d'aquests factors, Oscar Schachter, "The Decline of the Nation-State and its Implications for International Law", *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 36, núms. 1-2, *Essays on International law in honor of Professor Louis Henkin*, 1997, pàgs. 7-23. Des de perspectives diferents, també analitzen la qüestió de la *resilience* de l'estat i el sistema d'estats, Martin Shaw, *Theory of the Global State*, Cambridge: Cambridge University Press, 2000, pàgs. 192-194; Serge Sur, "The State between

en tots els àmbits modifiquen les bases en què s'ha desenvolupat l'exclusivitat de l'estat territorial i, per això, el dret internacional es troba en procés d'acomodació a aquests canvis, que afecten dos dels elements en què es recolza, estat i sobirania³⁴. La sobirania està sent reconceptualitzada davant dels nous fenòmens, i és cada cop més *relativa*³⁵; però l'estat continua sent un element *necessari*³⁶ des de molts punts de vista³⁷ i, malgrat els canvis i transformacions de l'afecten, hom no està davant d'una alternativa al sistema internacional d'estats. Tampoc en contextos regionals com el de la Unió Europea es planteja ara per ara la substitució de l'estat nacional per l'estat federal europeu, tot i que es pugui pensar que la construcció europea és tendencialment federal o federalitzant. La globalització, en aquest context, ha provocat més aviat un fenomen de replegament dels estats en una Europa pendent, que busca la seva pròpia dimensió³⁸.

185. Entre aquells que postulen la fi de la sobirania i de l'estat sobirà, per vulnerables i obsolets davant tant de la globalització, i les tendències ètiques que postulen la creació d'un espai humanitari universal, Georg Sørensen es situa en una interessant posició intermèdia que postula *un nou arranjament de la sobirania*. A partir d'una distinció entre normes *constitutives* i normes de reglamentació (*regulative rules*) de la sobirania, presenta una conciliació entre la continuïtat i el canvi en la institució en considerar que hi ha un nucli constituït per les primeres que roman (essencialment la independència constitucional), mentre que la resta té un contingut dinàmic i canviant i que hauria canviat *dramàticament* o substancialment en el temps³⁹.

Fragmentation and Globalization", *loc. cit.*, pàgs. 421-428.

³⁴ *Structural changes in the political, economic, social and cultural environments are altering the fundamental basis upon which the exclusivity of the territorial state developed. As a result of this, the state-centred framework of international law is in the process of being modified to accommodate these changes in the world system.* M.N. Shaw, "Territory in International Law", *NYBIL*, vol. XIII, 1982, pàg. 65.

³⁵ *La souveraineté n'est pas une notion figée.* Mohamed Salah Mohamed Mahmoud, "Mondialisation et souveraineté de l'État", *JDI*, núm. 3, 1996, pàg. 661.

³⁶ Hi ha raons per considera que és essencial el manteniment de l'estat, com evitar la marginalització de conjunts de població, o garantir una certa *harmonia social*: *la decadencia o erosión de la soberanía estatal en el gobierno d ela economía no significa que el estado sea menos necesario o que sea necesario menos Estado.* Pedro Mercado Pacheco, "Transformaciones económicas y función de lo político en la fase de la globalización", *Anales de la Cátedra Francisco de Suárez*, vol. 32, 1995, pàgs. 119-124.

³⁷ Schachter considera l'estat com a una *necessary structure of authority, capable of affording protection to all its people on the basis of equity and justice*; l'estat territorial, encara fins i tot d'autonomia reduïda, assegura *an arena in which all in the defined territory have access to common institutions and the equal protection of law*; Oscar Schachter, "The Decline of the Nation-State and its Implications for International Law", *loc. cit.*, pàgs. 22-23. També en aquest sentit, destacant la pervivència de l'estat com a organització política de base territorial i la continuació de la tasca del sistema internacional de millorar les seves funcions en sectors específics, Michael Reisman, "Designing and Managing the Future of the State", *EJIL*, vol. 8, núm. 3, 1997, pàgs. 409-420.

³⁸ Sobre això, Brigid Laffan, Rory O'Donnell, Michael Smith, *Europe's Experimental Union. Rethinking integration*, Londres, Nova York: Routledge, 2000, pàg. 3-8.

³⁹ Georg Sørensen, "Sovereignty: Change and Continuity in a Fundamental Institution", *PS*, vol. XLVII, *Special Issue* 1999, pàgs. 590-604.

En definitiva, com es diu a l'Informe del Secretari General de Nacions Unides *Un programa de pau*, de 1992, *el temps de la sobirania absoluta i exclusiva ja ha passat*, si és que alguna vegada va adequar-se aquesta teoria a la realitat⁴⁰. Kofi Annan, en aquest mateix sentit, també ha dit que no pot acceptar-se un ús de la sobirania que obstrueixi *accions efectives per abordar problemes que transcendeixen les fronteres o per assegurar la dignitat humana*⁴¹.

3. La competència de reglamentació respecte dels demandants d'asil

186. La competència de reglamentació de l'estat és en definitiva la competència normativa i inclou tant la seva definició com el seu exercici. Aquesta competència es deriva de la *sobirania* estatal i, per tant, en principi, tindria un caràcter *complet*, és a dir que l'estat pot disposar-ne sense cap subordinació jurídica no consentida lliurement o donada pel dret internacional públic; i una *dimensió territorial*, a partir de la qual es distingirien els efectes del seu exercici cap a l'interior i cap a l'exterior del territori de l'estat⁴². La competència normativa dels estats, com que està estretament lligada a la sobirania, està condicionada també pels processos de canvi i d'adaptació del dret internacional i, en general, per les transformacions que l'afecten.

La competència de reglamentació o *normativa* en el sentit més tradicional, es defineix a la sentència arbitral del jutge Max Huber a l'afer de la illa de *Palmas* a partir de la sobirania o *independència* de l'estat, que es consideren equivalents, quan es diu que

(l)a independència respecte d'una part del globus (terrestre), és el dret d'exercir en aquest lloc les funcions estatals, amb exclusió de qualsevol altre estat.

La sobirania territorial es diu que és,

en general, una situació reconeguda i delimitada en l'espai, bé per les anomenades fronteres naturals, reconegudes pel dret internacional o per signes exteriors de determinació que siguin indiscutibles, o bé per compromisos legals contrets entre els veïns interessats (...), o per actes de reconeixement d'estats en l'àmbit de límits determinats.

En aquesta sentència, es considera la sobirania territorial com un criteri distributiu dels àmbits d'exercici de les competències estatals que no deixa buits, cosa que exclouria, en principi, l'existència de les anomenades *zones internacionals* o *de trànsit*, quan es diu que

(l)a sobirania territorial no pot limitar-se al seu aspecte negatiu, verbigràcia, a l'exclusió de les activitats d'altres estats; ja que aquesta sobirania compleix la funció de distribuir entre les diverses nacions l'espai en que han de desenvolupar-se les

⁴⁰ Boutros Boutros-Ghali, *Un programa de paz. Diplomacia preventiva, establecimiento de la paz y mantenimiento de la paz*, A/47/277, 17 de juny de 1992, §17.

⁴¹ Kofi A. Annan, "Pacemaking, Military Intervention, and National Sovereignty in Internal Armed Conflict", Jonathan Moore (ed.), *Hard Choices. Moral Dilemmas in Humanitarian Intervention*, Lanham, Boulder, New York, Oxford: Rowman & Littlefield Publishers, INC., 1998, pàg. 58.

⁴² Henri Labayle, "Réglementation et souveraineté des états", *Frontières du droit. Frontières des droits. L'introuvable statut de la "zone internationale"*, Paris: L'Harmattan, 1993, pàg. 46.

*activitats humanes, amb la fi de dispensar a aquestes a tot arreu aquell mínim de protecció del què el dret internacional és garant*⁴³.

La definició i desenvolupament legítims de la competència de reglamentació dels estats, que inclou la competència normativa i d'execució, requereix l'existència de criteris objectius que vinculin aquesta competència amb la sobirania estatal. Henri Labayle identifica com a criteris de la competència de reglamentació els tres elements constitutius de l'estat: territori, població i sobirania⁴⁴. El territori és el *lloc d'expressió privilegiada de la competència nacional*⁴⁵, tant pel que fa a l'emanació de normes com pel que fa a la seva execució. L'estat està (en principi) facultat plenament per adoptar i executar actes jurídics dins del seu territori amb exclusivitat respecte d'altres entitats sobiranes. El segon criteri es refereix a la competència personal de l'estat, s'expressa mitjançant el lligam de la nacionalitat, i es refereix a la reglamentació que té per objecte aquestes persones. Quan la competència personal no coincideix amb la competència territorial, en un potencial conflicte de competències, normalment la primera cedeix davant de la segona però *només pot exercir-se en el respecte d'aquesta*⁴⁶. Això permet l'exercici de la potestat de l'estat de concedir asil en el seu territori. La competència de l'estat també es pot justificar en nom de la defensa dels seus interessos, de la protecció de la sobirania, ordre públic o seguretat, en el que s'ha anomenat *competència real* de l'estat, o *competència universal* quan es tracta de la defensa dels interessos de la comunitat internacional⁴⁷.

187. L'individu estranger demandant d'asil, si no ha perdut la nacionalitat de l'estat d'origen, està sotmès, en principi, a la competència personal de l'estat de la nacionalitat. Si aconsegueix sortir del territori d'aquest, es situa, quan arriba a les fronteres d'un potencial estat d'acollida, dins de l'àmbit espacial d'aplicació de la competència territorial d'aquest darrer i, per tant, sota la seva jurisdicció. L'exercici d'actes d'autoritat per part de l'estat fora del territori, o que tenen conseqüències fora d'aquest, pot suposar, també, que el demandant d'asil entri dins de la jurisdicció de l'estat, exercida extraterritorialment.

La protecció de persones que han fugit de situacions de persecució, de violacions de drets humans o de situacions extremadament precàries *depèn* de com l'estat gestioni aquesta potestat estatal, de la definició exacte de l'espai on s'aplica la competència i del seu exercici. La competència dels estats de reglamentar les condicions legals d'entrada i permanència dels estrangers en el territori, essencialment discrecional en tant que sobirana,

⁴³ Tribunal Permanent d'Arbitratge, sentència de 4 d'abril de 1928, afer de la *Isla de Palmas (Estados Unidos c. Países Bajos)*, Oriol Casanovas, Ángel J. Rodrigo, *Casos y Textos de Derecho Internacional Público*, op. cit., pàgs. 277-278.

⁴⁴ Henri Labayle, "Réglementation et souveraineté des états", *loc. cit.*, pàgs. 50-52.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ *Ibidem*. Sobre la competència *universal*, diferent de l'anomenada *real*, Brigitte Stern, "A propos de la compétence universelle...", Emile Yakpo & Tahar Boumedra (eds.), *Liber Amicorum-Mohamed Bedjaoui*, The Hague: Kluwer Law International, 1999, pàgs. 735-753.

és utilitzada en ocasions per tal d'excloure la gestió de situacions *de fet* emparades pel dret internacional. Per exemple, la presència de persones estrangeres, demandants d'asil o no a les fronteres de l'estat o en aigües territorials.

En l'estat actual de l'evolució del dret internacional i de la mateixa comunitat internacional, els estats, tot i que *sobirans*, ja no són *lliures* per decidir excloure discrecionalment la protecció de determinades persones que, tot i no ser nacionals seus, es troben *de fet*, sota la seva jurisdicció. En aquest cas, la realitat, la presència física dels demandants d'asil en determinats llocs no pot ser negada o ignorada jurídicament, per més que, en principi, la definició de la competència normativa de l'estat i de l'abast de la seva jurisdicció pertanyi a l'estat *sobirà*.

La configuració d'estatuts jurídics territorials especials, de consideració inferior o *segona*, a partir de ficcions jurídiques com les anomenades *zones internacionals*, té una legitimitat discutible si es tenen en compte certs principis com a la funció distributiva de la sobirania territorial des del punt de vista del dret internacional, o la universalitat de l'aplicació dels drets humans bàsics. Certament, la sobirania, l'estat i, per tant, també el dret internacional es troben en immensos processos d'adaptació a les noves realitats de la societat internacional, però, en el cas de les *zones internacionals* i de l'exclusió selectiva del tractament de situacions respecte de les quals normalment es té jurisdicció, l'objectiu o l'efecte de la reglamentació és precisament la negació de drets humans⁴⁸.

Els límits de la definició i execució de la competència de reglamentació dels estats en relació a les persones estrangeres venen donats doncs, no tant per la competència personal d'altres estats sobre aquestes persones físicament situades fora del territori de l'estat de la nacionalitat, sinó que resulten de la mateixa redefinició de la sobirania dels estats d'acord amb el dret internacional. En general, provoquen aquest efecte les normes de protecció dels drets humans i, en especial, pel que fa als refugiats i demandants d'asil, les normes que resulten del Dret d'asil i refugi, en especial el *non-refoulement*. Com diu Guy S. Goodwin-Gill, *els estats voluntàriament abandonen o cedeixen intensitats de la seva sobirania quan conclouen o adhereixen a acords internacionals. La sobirania no és cosa d'absoluts. La llibertat dels estats d'actuar, per tant, està circumscrita per les seves obligacions convencionals i per les normes de dret consuetudinari i dret internacional general. Entre aquestes hi ha el non refoulement, com també altres estàndards de drets humans*⁴⁹.

⁴⁸ Com diu Marie-Claire Caloz-Tschopp, (l) *a zone internationale interpelle le droit, mais nous conduit au-delà: aux confins du droit, là où se dessine la place, le sens et la portée ontologique et politique et du geste (ou de l'absence de geste) juridique dans une communauté politique donnée*. Marie-Claire Caloz-Tschopp, "La zone internationale et le droit d'asile en Europe. Les limites d'une communauté d'états... de Droit et l'exercice de la démocratie radicale", *Frontières du droit. Frontières des droits. L'introuvable statut de la "zone internationale"*, op. cit., pàg. 17.

⁴⁹ Guy S. Goodwin-Gill, "International Law and the Influx of Aliens: Sanctuary and the Right to Exclude", *ASIL Proceedings of the 80th Annual Meeting*, 1986, pàg. 112.

B. L'ACCÉS A UN TERRITORI ESTRANGER PER PART DELS DEMANDANTS D'ASIL

188. Com ja assenyalat a la primera part d'aquest treball, el fonament de la potestat de l'estat de concedir asil es troba en la sobirania territorial, que suposa un cert domini sobre les persones i coses que es troben dins de l'espai definit com a territori, i que comporta exclusivitat i monopoli de la competència jurisdiccional. El fonament jurídic de l'asil territorial es trobaria, per tant, en les potestats de l'estat relatives al control de l'entrada i la permanència de persones en el territori i en l'exclusivitat d'aquesta competència⁵⁰.

Malgrat això, que continua sent la base de l'asil en tant que protecció territorial, la qüestió de l'accés dels demandants d'asil al territori d'un estat estranger, o a un espai sotmès a la seva jurisdicció, ja no es pot plantejar únicament des de la perspectiva de l'estat, ni com a una qüestió exclusivament de drets o potestats.

El control de l'entrada en un estat per part d'estrangers és una competència que es deriva de la sobirania que s'exerceix en el territori i, en la mesura d'això, suposa l'exercici de *jurisdicció territorial*. L'autoritat que se'n deriva no es pot entendre com absoluta ni absolutament discrecional, sinó que, s'emmarca en una tradició jurídica que defensa la llibertat de circulació de les persones en determinades circumstàncies i, més recentment, en el context de la protecció de les llibertats fonamentals (B.1). En la mesura d'això, es pot argumentar que hi ha raons per considerar que existeixen límits al dret dels estats d'excloure discrecionalment l'entrada de persones que es troben en determinades circumstàncies en el seu territori (B.2).

189. EL CONTROL DE L'ENTRADA D'ESTRANGERS EN EL TERRITORI COM A COMPETÈNCIA DERIVADA DE LA SOBIRANIA TERRITORIAL. L'entrada de persones no nacionals en el territori d'un estat és un àmbit tradicionalment reservat a la competència estatal derivada de la sobirania i, normalment, s'articula a través d'autoritzacions per a l'entrada. Excepte en els casos en què existeixen tractats, normes generals o principis, allò que determina l'aproximació dels estats a les migracions a través de les seves lleis d'estrangeria i polítiques migratòries és, majoritàriament, la percepció de l'interès propi com a estats de rebuda⁵¹.

⁵⁰ Quan un demandant d'asil accedeix a un territori estranger, l'estat que exercia persecució sobre ell, o que està interessat en retenir-lo, troba un obstacle jurídic a l'exercici de la competència basada en el vincle de la nacionalitat o en la comissió per part de l'individu d'un acte susceptible de ser perseguit en el seu territori. En definitiva, dues competències poden entrar en conflicte si es reivindica simultàniament el seu exercici, la competència territorial de l'estat d'asil, i la competència personal de l'estat del qual el demandant és nacional. L'equilibri entre les dues competències es situa en l'acceptació que la potestat dels estats de concedir asil en el propi territori troba un límit en la impunitat dels delictes de dret comú d'aquells que cerquen asil, com assenyala Léopold Bolesta-Koziebrodzki, *Le droit d'asile*, Leyde: A.W. Sythoff, 1962, pàg. 82.

⁵¹ Bulent Cicekli, "The Rights of Turkish Immigrants in the European Union", *IJMGR*, vol. 5, núm.4, pàg. 373. Aquest autor considera que els estats *no són completament lliures per actuar*, ja que en alguns casos han de modificar l'aproximació que fan respecte de la immigració, per exemple, per la dependència actual i futura dels estats d'acollida dels treballadors immigrants.

Els estats, mitjançant acords internacionals o la pròpia normativa interna, poden conferir als nacionals d'altres estats un *dret* d'entrar en el territori i, fins i tot, poden establir indirectament l'obligació d'autoritzar l'entrada a determinats estrangers. Robert Jennings i Arthur Watts, posen per exemple el cas en què el refús d'entrada d'un estranger, la família del qual ja es troba en l'estat, pot comportar violació d'una obligació convencional al respecte de la vida familiar⁵².

Els individus, independentment d'aquests casos, no tenen un *dret* d'entrar en el territori d'un estat estranger, fins que aquest no hi consenti amb un acte d'autorització. L'establiment de condicions, el compliment de les quals generen una expectativa en els estrangers d'entrar en el territori, i l'autorització d'entrada, romanen, en principi, decisions discrecionals dels estats com a expressió de la seva *autonomia* i *impermeabilitat* relativa.

En general, la doctrina reconeix que, pel que fa a l'admissió de persones, un principi general de dret internacional estableix que els estats només estan obligats a admetre en el seu territori els seus propis nacionals⁵³, i que cap disposició internacional general no obliga els estats a admetre persones estrangeres, siguin o no aquestes refugiades o demandants d'asil⁵⁴. En aquesta situació, una persona que exerceix el dret de marxar de l'estat d'origen només podrà gaudir de drets en condicions de seguretat si un altre estat l'accepta en el seu territori. Fins que un altre estat l'accepti sota la seva jurisdicció, l'individu resta desprotegit *de fet* i esdevé un *no-man's-land*⁵⁵, o un ésser sense drets car ningú no reconeix estar en obligació de respectar-los.

190. Que la recepció d'estrangers en el territori és una matèria subjecte a la discrecionalitat dels estats, i que aquests poden, d'acord amb la seva sobirania territorial, excloure els estrangers del conjunt o part del territori, són concepcions que han estat

⁵² Sir Robert Jennings, Sir Arthur Watts (eds.), *Oppenheim's International Law*, 9ª ed., vol. I, Essex: Longman, 1992, pàg. 899. En la sentència de la Supreme Administrative Court (RFA) (Verwaltungsgerichtshof) of Baden-Württemberg, sentència de 20 de desembre de 1971, *Greek National Residence Permit Case* [ILR, vol. 72, 1987, pàgs. 570-573], i en la sentència de la Federal Administrative Court (RFA), de 3 de maig de 1973, *Spanish National Residence Permit Case* [ILR, vol. 74, 1987, pàgs. 570-573], es plantegen supòsits similars on membres de famílies establertes a l'estranger demanen romandre amb ells d'acord amb el principi de la unitat familiar. Les sentències en els dos casos assumeixen l'aplicabilitat del principi que contenen els acords internacionals que s'invoquen en els dos casos, però refusen finalment la petició en fer una interpretació restrictiva del concepte de *família* en el que no caben els dos peticionaris.

⁵³ Erica-Irene A. Daes (rapporteur spécial), *Condition de l'individu et droit international contemporain: promotion, protection et rétablissement des droits de l'homme aux niveaux national, régional et international*, *Série d'études* núm. 4, Nova York: Nacions Unides, 1993, pàg. 36.

⁵⁴ Prakash Sinha, *Asylum and International Law*, The Hague: Martinus Nijhoff, 1971, pàg. 110; Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford: Oxford University Press, 1978, pag. 139.

⁵⁵ Louis Henkin, "International Law: Politics, Values and Functions. General Course on Public International Law", *R. des C.*, tom 216, 1989-IV (1990), pàg. 240-241. Aquest autor considera a més que, per sobre de tot i, subsidiàriament a un consentiment de l'estat en contra, la possibilitat de cloure les fronteres, és per als estats un valor últim: (t)he closed borders remains the ultimate State value, and -even for refugees- human values penetrate only by consent, by grace, not by compulsion of international law (pàg. 241)

assumides generalment per la doctrina jurisprudencial dels estats⁵⁶. Per exemple, la Court of Appeals dels Estats Units en l'afer *Abourezk v. Reagan*, va considerar que l'executiu tenia una *ample discreció sobre l'admissió i exclusió d'estrangers*, tot i que aquesta discreció no estigués il·limitada⁵⁷. En l'afer *Shaughnessy v. United States Ex rel. Mezei*, també la Cort Suprema dels Estats Units va considerar que podia ser no admesa una persona que, de tota manera, no podia anar enlloc més, partint d'una interpretació estricta de la normativa, i de considerar que aquesta era una qüestió que depenia del legislador i que els tribunals no podien substituir el mandat legislatiu mitjançant les seves sentències⁵⁸.

A Nova Zelanda, en l'afer *Ashby*, es va plantejar si la discrecionalitat del ministre de l'interior estava limitada en funció de les obligacions internacionals assumides per l'estat, en un cas on es discutia precisament la concessió de visats a esportistes sud-africans quan la repressió internacional de l'apartheid semblava que anava en contra d'aquesta decisió. L'argument es va refusar, entre d'altres coses, perquè el Conveni per a l'eliminació de totes les formes de discriminació no havia estat incorporat al dret intern. Tot i això es va reconèixer que, tot i que les obligacions convencionals no implementades en la legislació no són part del dret intern, *els tribunals en interpretar la legislació faran tot el possible d'acord amb l'afer de què es tracti i les orientacions de política legislativa per fer que les seves decisions estiguin d'acord amb les obligacions internacionals*⁵⁹. Al Canadà, la Court of Appeal d'Ontàrio va considerar que ningú, excepte els ciutadans canadencs o qui té un domicili canadenc té dret d'entrar al Canadà⁶⁰. A Espanya, per exemple, una interlocutòria del Tribunal constitucional de 1996, va fer explícit en una interpretació del dret a la llibertat personal de l'article 17 de la Constitució que *els qui no són espanyols manquen del dret constitucional d'entrar a Espanya*, fent una interpretació *a contrario* de l'article 19 de la Constitució⁶¹.

⁵⁶ Sir Robert Jennings, Sir Arthur Watts (eds.), *Oppenheim's International Law*, op. cit., pàgs. 897-898.

⁵⁷ *The Executive has broad discretion over the admission and exclusion of aliens, but that discretion is not boundless. It extends only as far as the statutory authority conferred by Congress and may not transgress constitutional limitations. It is the duty of the courts, in cases properly before them, to say where those statutory and constitutional boundaries lie.* Court of Appeals for the District of Columbia Circuit (USA), sentència d'11 de març de 1986, in *Abourezk v. Reagan*, *ILM*, vol. 25, 1986, pàg. 335.

⁵⁸ Supreme Court (USA), sentència de 16 de març de 1953, *Shaughnessy v. United States Ex rel. Mezei*, *ILR*, vol. 20, 1953 (1981), pàgs. 269-270.

⁵⁹ Court of Appeal (New Zealand), 15 de juliol de 1981, afer *Ashby v. Minister of Immigration*, *ILR*, vol. 85, 1991, pàg. 211.

⁶⁰ *It is true enough that no one, unless he is a Canadian citizen or has Canadian domicile (and even here there are qualifications), has a right to enter Canada.* Court of Appeal of Ontario (Canadà), sentència de 11 d'abril de 1968, *Regina v. Pringle, Ex parte Mills*, *ILR*, vol. 44, 1972, pàg. 138.

⁶¹ En aquesta sentència s'afegeix que *sólo pueden ejercerlo en la medida en que cumplan los requisitos establecidos por las leyes, que incluyen la necesidad de obtener visado, salvo que la solicitud de asilo presentada por la demandante hubiera sido admitida a trámite.* TC (E), interlocutòria de 6 de març de 1996, núm. 55/1996, §3 (2) [Aranzadi Westlaw RTC 1996\55 Auto].

1. Llibertat de circulació i control de l'entrada en el territori de l'estat

a. L'accés al territori dels estats: entre el control absolut de l'entrada per part de l'estat i la llibertat de circulació per part de les persones

191. La qüestió de la lliure circulació de les persones a través dels territoris del món, i l'admissió per part dels estats ha estat un tema a bastament tractat i debatut per part dels autors. Des que Francisco de Vitoria va defensar la seva idea d'un dret general de comunicació o *jus societatis et communicationis* derivat de la solidaritat humana en el *De Indis*⁶², i Hug Grotius va exposar que els estrangers tenien un dret de pas i estada i també un dret d'establiment si havien estat expulsats de les seves pàtries i se sotmetien a l'imperi, al *De iure belli ac pacis*⁶³, en general, ni la doctrina defensa, ni del dret internacional es pot derivar que existeixi un dret il·limitat de circular lliurement o d'entrar en un territori estranger⁶⁴.

Si es parteix de la perspectiva de l'estat, s'acostuma a afirmar que els estats poden reglamentar lliurement l'admissió de persones estrangeres en el seu territori en el marc de les seves polítiques de control de la immigració, d'acord amb el dret internacional. I, en canvi, si es parteix de la persona, com en el *Projet de règlement international sur l'admission et expulsion des étrangers* aprovat per l'*Institut de Droit International* a la sessió de Ginebra el 9 de setembre de 1892, es diu que *l'entrada lliure dels estrangers sobre el territori d'un estat civilitzat no pot ser prohibida d'una manera general i permanent excepte quan així ho exigeixi l'interès públic i motius extremadament greus* (article 6)⁶⁵. En definitiva, tant des d'un costat, com des de l'altre, s'admet que els estats

⁶² Francisco de Vitoria, *Relecciones sobre los indios y el derecho de guerra*, 3ª ed., Madrid: Espasa-Calpe, Colección Austral Nº 618, 1975, pàgs. 53-105. La llibertat de comunicació defensada per Vitoria estaria estretament relacionada amb gènesi del dret de gentes i la solidaritat humana natural, Camilo Barcia Trelles, *Francisco de Vitoria. Fundador del Derecho internacional moderno*, Universidad de Valladolid, Sección de estudios americanistas, serie 5ª, nº III, 1928, pàgs. 87-96. Pel que fa a la concepció de la *communitas orbis*, Venancio Diego Carro, *La "Communitas Orbis" y Las Rutas del Derecho Internacional según Francisco de Vitoria*, Santander: Revista "Estudios Filosóficos", 1962, pàgs. 47-58. Per a una visió crítica dels postulats de Vitoria, a partir d'una anàlisi del context històric i justificacions polítiques d'aquests, Francisco Fernández Buey, *La gran perturbación. Discurso del indio metropolitano*, Barcelona: Destino (Ensayos), 1995, pàgs. 73-83.

⁶³ Hugo Grotius, *De iure belli ac pacis*, (anotat per R. Feenstra i C.E. Persenaire), Leiden: Scientia Verlag Aalen, 1993 (primera edició original de 1625), Lib. II, Cap. II, § XVI, pàg. 201. *Vid. Supra* Capítol III §67.

⁶⁴ S'exposen les diferents posicions i evolució en relació a l'admissió de persones en estats estrangers a Alfred Verdross, "Les règles internationales concernant le traitement des étrangers", *R. des C.*, tom 37, 1931-III, pàgs. 338-347; i Gerassimos Fournalos, *Sovereignty and the Ingress of Aliens*, Stockholm: Almquist & Wiksell International, 1986. També Charles Leben, "La circulation internationale des personnes et le droit international", *Annales de la Faculté de Droit et de Science Politique. Université de Clermont I*, vol. 65, núm. 1, fascicle 15, 1978, pàgs. 639-644; i Bruno Nascimbene, *Il Trattamento dello straniero nel diritto internazionale ed europeo*, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1984, pàgs. 221-238.

⁶⁵ IDI, *Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers. Session de Genève, 1892*; i James Brown Scott (dir.), Division de Droit International de la Dotation Carnegie pour la Paix Internationale, *L'Institut de Droit International. Tableau général des travaux (1873-1913)*, New York:

poden reglamentar l'admissió d'estrangers en el seu territori, però que això només es pot fer dins d'uns *límits* o d'acord amb uns determinats paràmetres.

Alfred Verdross va posar en relleu que ni l'opció que es decanta per acceptar que el dret internacional autoritza els estats a impedir l'entrada d'estrangers en el seu territori, ni l'opció que postula un veritable dret d'emigrar, no ha estat reconeguda de manera absoluta en dret internacional. Aquest mateix autor considera, d'altra banda, que, *cap estat de la comunitat internacional no pretén tenir el dret de tancar "arbitràriament" les seves fronteres als estrangers* i que, *de fet, tots han seguit la norma que cada refús d'admissió, per ser legítim des del punt de vista del dret de gens, ha de basar-se en un títol raonable*⁶⁶.

La qüestió és determinar i definir en quins supòsits les potestats dels estats respecte de l'admissió o no admissió d'estrangers estarien limitades pel dret internacional, al marge de les consideracions que cada estat fes de la seva pròpia seguretat. *Prima facie*, els arguments relatius a la seguretat, amb què els estats justifiquen la no admissió d'estrangers en el territori, són definits en seu interna pels mateixos estats, i poden conduir a una absoluta manca d'equilibri entre els interessos que són en joc.

Al respecte d'això, han estat defensades opcions contradictòries des de diferents perspectives. Per exemple, mentre en el citat projecte de reglament de l'*Institut de Droit International* de 1892, que parteix d'una visió força favorable a l'accés de persones en territori estranger, es considera que un dels *motius extremadament greus* que poden justificar una prohibició d'entrada general en el territori seria *una diferència fonamental de costums o de civilització, o una acumulació perillosa d'estrangers que es presentarien en massa*, Emeric de Vattel, que parteix del dret del sobirà de *prohibir l'entrada en el territori bé en general a tot estranger, bé en alguns casos o a certes persones, o per a alguns afers en particular segons ho trobi convenient per el bé de l'estat*, considera que l'única excepció a aquesta regla consisteix en el cas en què els estrangers es presentin a la frontera *empesos per la tempesta o una altra necessitat*⁶⁷.

b. El dret a la llibertat de circulació en el dret internacional

Oxford University Press, 1920, pàg. 166. També en una sessió a Copenhaguen dels dies 27 d'agost a ú de setembre de 1897, l'*Institut de Droit International* va adoptar uns principis en vistes a un projecte de conveni sobre l'emigració, també es partia de la llibertat de les persones de circular quan es deia que (l)es *Etats contractants reconnaissent la liberté d'émigrer et d'immigrer aux individus isolés ou en masse, sans distinction de nationalité* i que (c) *ette liberté ne pourra être restreinte que par décision dûment publiée des gouvernements et dans les limites rigoureuses des nécessités d'ordre social et politique*. *Ibidem*, pàg. 205.

⁶⁶ Alfred Verdross, "Les règles internationales concernant le traitement des étrangers", *loc. cit.*, pàgs. 343-344.

⁶⁷ Aquests textos es troben transcrits a Alfred Verdross, "Les règles internationales concernant le traitement des étrangers", *loc. cit.*, pàgs. 339 i 341.

192. La llibertat de circulació de les persones a través de les fronteres ha estat considerada per una part de la doctrina com un *dret humà fonamental*⁶⁸ o com una llibertat de caràcter primari⁶⁹. El seu contingut, però, només abasta clarament el dret de sortir de qualsevol país i el dret d'entrar en el territori de l'estat del qual es té la nacionalitat. Totes les llibertats *s'aturen allí on comença la d'algú altre* i, en el cas de la llibertat de circulació de persones, la potestat dels estats d'exercir un control sobre l'entrada en el territori fa que manqui un dret *general* d'entrar en un altre estat que no sigui el de la pròpia nacionalitat⁷⁰. L'anomenat dret a la llibertat de circulació *no garanteix que l'individu tindrà un lloc a on anar*⁷¹.

En definitiva, la potestat de l'estat de controlar l'admissió en el territori, fa que existeixi una *presumpció* a favor de la competència de l'estat de controlar i regular el trànsit de persones a través de les fronteres⁷². Aquesta competència per reglamentar l'admissió dels estrangers s'ha d'exercir, com s'ha dit, d'acord amb el dret internacional que, per exemple, prohibeix comportaments arbitraris⁷³. Els estats poden tant admetre com refusar l'admissió de persones estrangeres en el seu territori dins d'un àmbit discrecional que ve delimitat pel dret internacional convencional, consuetudinari i els principis generals. Dins d'aquest àmbit, els estats poden, per exemple, fer tractats internacionals que regulin la llibertat de circulació dels seus nacionals en els seus territoris respectius, o que estableixin la readmissió de determinades persones que hagin penetrat en el territori d'un d'ells a través d'un dels estats contractants, que l'haurà de readmetre⁷⁴.

⁶⁸ Stig Jagerskiöld, "The Freedom of Movement", Louis Henkin (ed.), *The International Bill of Rights. The Covenant on Civil and Political Rights*, New York: Columbia University Press, 1981, pàg. 167.

⁶⁹ Bruno Nascimbene, *Il Trattamento dello straniero nel diritto internazionale ed europeo*, op.cit., pàg. 223.

⁷⁰ Patrice Jean, "Le contenu de la liberté de circulation", Maurice Flory, Rosalyn Higgins (dirs.), *Liberté de circulation des personnes en Droit international*, Paris: Economica, pàgs. 21-41.

⁷¹ Stig Jagerskiöld, "The Freedom of Movement", loc. cit., pàg. 178.

⁷² Wojciech Goralczyk, "Open Session. Governing Rules Project: Review and Discussion on the Movement of Persons Across Borders", *ASIL Proceedings* 85th Annual Meeting, 17-20 abril, 1991, pàg. 54; també Rudolf Bernhardt, *ibidem*, pàg. 62. En aquest mateix sentit, Ingrid Detter de Lupis, *International Law and the Independent State*, 2^a ed., Hants (UK): Gower Publishing Company Limited, 1987, pàg. 23; i Gerassimos Fournaloss, *Sovereignty and the Ingress of Aliens*, op. cit., pàgs. 54-55.

⁷³ Charles Leben, "La circulation internationale des personnes et le droit international", loc. cit., pàg. 642.

⁷⁴ La majoria de tractats d'aquest tipus són bilaterals o multilaterals regionals de caràcter essencialment econòmic, on es preveu la lliure circulació de persones com a factors econòmics, o en espais més integrats com en la Unió europea, en tan que nacionals d'un dels estats parts o *ciutadans de la Unió*. D'altra banda, els anomenats *acords de readmissió* estableixen normalment per als estats parts obligacions de readmetre, és a dir, acceptar l'entrada en el territori de persones que havien entrat irregularment en el territori d'una de les parts si s'estableix que provenien de l'altra estat part. En aquests casos no es tracta tant d'un dret de la persona d'entrar en el territori d'un estat que pot ser-li estranger, sinó més aviat d'obligacions assumides per estats enfront d'altres estats (per tant que es corresponen amb drets d'altres estats). En general, han tractat aquest tipus d'acords, Xavier Denoël, "Les accords de réadmission du Benelux à Schengen et au-delà", *RTDe*, vol. 29, núm. 4, 1993, pàgs. 635-653; J.-P. Guardiola, *Les accords de réadmission*, "Groupe de Hauts fonctionnaires chargés d'assurer le suivi de la Conférence des

La presumpció en favor de que l'estat controla l'accés al seu territori de persones estrangeres, no obstant, deixa de ser efectiva en casos extrems, com per exemple en cas d'èxodes massius, arribada en gran nombre de demandants d'asil o migracions forçoses, on els estats sovint acaren situacions *de fet*, sense poder excloure les conseqüències que es deriven de la prevalença de principis internacionals sobre la protecció dels drets humans. La protecció de drets humans en situacions de necessitat a vegades es tradueix en la impossibilitat per als estats de cloure les seves fronteres.

2. Els límits a un exercici discrecional del control d'entrada en el territori

a. Arguments per a una delimitació del poder dels estats d'excloure l'entrada d'estrangers en el seu territori: raons vàlides per justificar l'exercici de sobirania

193. Certament, no es pot afirmar que existeixi una obligació de caràcter general admissió d'un determinat tipus d'individus o de persones que es troben en circumstàncies específiques, com podria ser el cas dels refugiats, com a excepció a la regla que estableix que els estats tenen competència sobirana per excloure l'entrada d'estrangers en el seu territori. Això no obstant, els refugiats i els apàtrides són un tipus d'estrangers que es troben en circumstàncies *especials* en relació a la resta i que, a part dels drets mínims dels que gaudeix qualsevol estranger, tenen una protecció addicional derivada de l'aplicació de tractats⁷⁵ i de l'aplicació de normes de caràcter general. No hi ha una obligació jurídica d'admissió en el territori del tots els demandants d'asil que es presentin en un estat, però tampoc existeix un dret de tancar arbitràriament les fronteres i, entre un i altre extrem hi ha un nombre considerable de possibilitats.

En els darrers anys, una part de la doctrina ha defensat, respecte de la competència dels estats per excloure l'entrada en el seu territori d'estrangers (refugiats o no), que els estats no tenen un dret totalment discrecional i autònom d'exclusió. L'exercici d'aquesta potestat, en tot cas, es diu que hauria de justificar-se en el principi d'*autoconservació* de l'estat. És a dir que s'haurien d'oposar *raons vàlides* per legitimar l'exclusió del territori de persones estrangeres.

ministres sur les mouvements de personnes en provenance des pays d'Europe Centrale et Orientale (Groupe de Vienne) ", 20 de gener de 1992, Consell d'Europa, DOC. 13 Rév.; Kay Hailbronner, "Readmission Agreements and the Obligation on States under Public International Law to Readmit their Own and Foreign Nationals" *ZaöRV*, 57/1, 1997, pàgs. 1-49.

⁷⁵ Una protecció derivada inclús de tractats que no els tenen com a objecte directe i específic de protecció, per exemple, el Conveni europeu de protecció de Drets humans i Llibertats fonamentals de 1950 que, tot i que no conté cap disposició respecte de l'asil o el refugi, ratificant-lo, *un estat limita algunes competències discrecionals de les que abans gaudia, inclús el poder de controlar l'entrada i la sortida d'estrangers*. Richard Plender, "La Convention Européenne des droits de l'Homme et le demandeur d'asile", *Le droit d'asile et les réfugiés: tendances actuelles et perspectives d'avenir. Actes du seizième colloque de droit européen*, 15-17 setembre 1986, Strasbourg 1987, pàg. 42.

La significació internacional de les migracions i la interdependència dels estats recolza l'argument que l'admissió general dels estrangers no es pot veure com un poder discrecional i il·limitat dins de la jurisdicció interna dels estats. Tot i que els estats no tenen l'obligació d'admetre ni tots ni qualsevol dels estrangers que es presentin a les seves fronteres amb la intenció de ser admesos, els estats tindrien un *deure limitat* d'admetre determinades persones si aquesta admissió no fa perillar la salut o seguretat públiques, el benestar general o les institucions essencials de l'estat receptor. Es a dir que, l'exclusió dels estrangers del territori ha de justificar-se a partir de raons vàlides que prevalguin per sobre de l'*interès general*, representat pels valors de l'ordre internacional global.

Des d'una perspectiva omnicomprendensiva, l'exclusió dels estrangers del territori d'un estat no pot ser considerada exclusivament competència interna. Les migracions, per naturalesa, no tenen en compte les fronteres jurídiques i, per això, no poden ser gestionades eficaçment a partir únicament del dret dels estats d'admetre els estrangers en el territori sobre el que exerceixen la seva jurisdicció. En aquest sentit, no és pertinent que l'accés a un espai dominat per un estat estranger estigui *determinat* exclusivament per la competència exclusiva⁷⁶. Seguint aquest tipus de raonament, es parla de la *disenchanted sovereignty* fent referència a que la sobirania ni és una fi per si mateixa ni és il·limitada⁷⁷, sinó que serveix les funcions del dret internacional entre les que es troba la protecció de les persones i els pobles.

Un compliment estricte del *dret de sortir del territori* que es troba previst a l'art. 13 de la Declaració Universal, i la consideració de les migracions com una manera de procurar la redistribució global dels recursos i col·laborar en el desenvolupament econòmic mitjançant l'accés a aquests, poden també ser considerats com fonaments d'un cert deure dels estats de permetre l'entrada d'estrangers en el seu territori. Això està en consonància amb el que prescriuen els articles 55 i 56 de la Carta de les Nacions Unides respecte de la cooperació amb la finalitat d'assolir progrés en el respecte dels drets humans i desenvolupament econòmic: l'accés a unes condicions mínimes d'existència en un territori diferent de l'originari pot arribar a ser l'única alternativa per a la preservació de la *dignitat humana*.

b. Arguments per a una delimitació del poder dels estats d'excloure l'entrada d'estrangers en el seu territori: sobirania i comunitat internacional

⁷⁶ James A.R. Nafziger, "The General Admission of Aliens under International Law", *AJIL*, vol. 77, núm. 4, 1983, pàgs. 804-807. Segons aquest autor, es podria dir que l'abandó d'aquesta matèria a la decisió exclusiva dels estats podria dur a conseqüències que contradiguessin el propi objectiu del dret internacional, segons ell, (c)arried to the extreme, an unfettered sovereign discretion to exclude aliens may inhibit the normal process of human migration and thereby sprain the global order, whose preservation and progressive development might be said to constitute the highest duty of international law (*Ibidem*, pàgs. 821-822). Altres autors, tot reconeixent l'atractiu teòric de l'argument que postula un cert dret d'entrada dels estrangers, i per la impossibilitat de suprimir-lo amb caràcter general, considera que té poca importància pràctica pel seu caràcter excessivament abstracte. Per exemple, D.P. O'Connell, *International Law*, vol. 2, 2^{ona} ed., London: Stevens & Sons, 1970, pàgs.695-696.

⁷⁷ Gerassimos Fournalanos, *Sovereignty and the Ingress of Aliens*, op. cit., pàg. 85.

194. Els axiomes de base del sistema d'estats⁷⁸ han girat tradicionalment entorn del que ha estat anomenat el *mite* de la sobirania⁷⁹. *Sobrevalorat* segons alguns autors⁸⁰, és un dels conceptes que ha suportat més canvis pel que fa la comprensió del seu significat i contingut en el procés d'evolució de l'ordre jurídic internacional, accelerat per la globalització⁸¹. Aquests canvis afecten allò que els estats poden fer o deixar de fer *d'acord amb* la seva sobirania, i manifesten una tendència cap a la transformació dels valors que implícitament regeixen el sistema internacional.

Les cada cop més freqüents referències a la protecció dels drets humans, o la concepció d'un *nou ordre* mundial basat en valors substantius postulen un ideal d'*autenticitat* fora del sistema que *contrasta amb el caràcter formal i artificial de la categoria d'estat (statehood)*⁸². En aquest sentit, s'estan transcendent els valors estrictament estatals a partir de la consideració creixent de valors relatius als éssers humans, cosa que té conseqüències en els axiomes i els pressupòsits tradicionals del sistema internacional⁸³.

De fet, ni sempre, ni necessàriament, els valors *estatals* s'han posposat a valors relatius a la persona o humanitaris, però sí que han expressat diferents prioritats i tendències. L'ordre internacional que gira entorn de conceptes com igualtat sobirana, autonomia, independència, *impermeabilitat*, o interès nacional, ha començat a assumir la

⁷⁸ El dret internacional com a expressió normativa d'un ordre polític d'una societat particular, ha assumit una sèrie de principis fonamentals, alguns tinguts per *axiomàtics*, bé implícits en un sistema que té la seva unitat bàsica en els estats, bé regles que tot i no ser inherents al sistema es considera que han adquirit aquest caràcter essencial. Louis Henkin, "International Law: Politics, Values and Functions. General Course on Public International Law", *loc. cit.*, pàg. 22-24.

⁷⁹ *Ibidem.*, pàgs. 24-26. Henkin considera que l'expressió *sobirania* per definir un dels caràcters essencials dels estats és un mot erroni o desafortunat. Aquesta paraula esdevé equívoca en un context de relacions entre diferents entitats en principi igualment *sobiranes*: *Sovereignty, a conception deriving from the relations between a prince and his/her subjects, does not seem a necessary or appropriate attribute for the abstraction we call a State. Nor it is the appropriate term or concept to define the relation between that abstraction and its territory and population, or between that abstraction and its counterpart abstractions, other States. For international relations, surely for international law, it is a term largely unnecessary and better avoided* (pàg. 26). També, Louis Henkin, "The Mythology of Sovereignty", Ronald St. John Macdonald (ed.), *Essays in Honour of Wang Tieya*, Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1993, pàgs. 351-358; i Eli Lauterpacht, "Sovereignty-myth or reality?", *IA*, vol. 73, núm. 1, 1997, pàgs. 137-150.

⁸⁰ Thomas M. Franck, *Fairness in International Law and Institutions*, Oxford: Oxford University Press, 1995, pàg. 3.

⁸¹ Jost Delbrück, "Structural Changes in the International System and its Legal Order: International Law in the Era of Globalization", *SZIER-RSDIE*, vol. 11, núm. 1, 2001, pàg. 32.

⁸² Martti Koskeniemi, "The Future of Statehood", *HILJ*, vol. 32, núm. 2, primavera de 1991, pàg. 104.

⁸³ També Henkin considera que el sistema internacional ha anat més enllà dels valors estatals cap a els valors humans, i proposa que *a principal cause -or beneficiary- of derogations from the mythology of sovereignty has been the International Human Rights Movement, with important impact on the international political system, and on international law*. Louis Henkin, "Human Rights and State Sovereignty", *Customary International Human Rights Law: Evolution, Status and Future*, *Georgia Journal of International and Comparative Law. Special Issue*, vol. 25, núms. 1 i 2, 1995/1996, pàg. 32.

protecció de l'ésser humà de forma *directa*, i no ja com a indirectes beneficiaris de l'acció estatal⁸⁴.

El dret internacional anomenat de *coexistència* regula interessos jurídics dels estats i no interessos generals d'allò que ja la doctrina majoritàriament concep per *comunitat internacional*. La sobirania en el vessant extern era el fonament de gairebé totes les normes de dret internacional i constituïa el compresiu, sinó l'únic *dret subjectiu* de dret internacional públic⁸⁵. Amb la substitució de la noció clàssica de coexistència per la de *cooperació* i el desenvolupament de la doctrina de l'*ius cogens*, la doctrina dels drets subjectius es corregeix en el sentit que el dret internacional no només protegiria interessos sobirans dels estats, sinó també alguns interessos generals de la *comunitat internacional*⁸⁶.

La consideració de la comunitat internacional com una entitat més o menys abstracte o indefinida, però amb interessos de conjunt dignes de ser protegits pel dret internacional provoca un canvi de perspectiva en la que els interessos dels individus, considerats en els seu conjunt, i el principi de *dignitat humana*, no n'estan exclosos. El dret internacional tradicional hauria estat ultrapassat per un canvi d'orientació, fins i tot una mena de ruptura que s'expressa en la jurisprudència de la Cort Internacional de Justícia mitjançant el reconeixement de l'existència d'obligacions *erga omnes* dels estats envers la comunitat internacional, en relació a drets que *tots els estats poden ser considerats com tenint un interès jurídic* en què siguin protegits⁸⁷.

En el dret d'asil, el centre de gravetat es va desplaçant des de la comprensió de l'asil com a limitació de la projecció de la competència personal o derogació de la competència territorial de l'estat d'origen, envers l'*asil* com a mitjà de protecció de l'individu mancat

⁸⁴ Des d'aquesta perspectiva, Henkin ha considerat que el dret internacional tendeix a abandonar progressivament principis absoluts i categories estrictes, cap a la relativització dels principis de base, i esdevé menys categòric i més pragmàtic, en un moviment des del *concepte envers la funció*. Louis Henkin, "International Law: Politics, Values and Functions. General Course on Public International Law", *loc. cit.*, pàgs. 127-132, 208-209 i 275.

⁸⁵ Aquesta és la base de l'exposició de Lord Phillimore, que considera que els estats tenen poder per expulsar discrecionalment qualsevol subjecte estranger que es trobi en el seu territori, i que els drets dels estats només són drets respecte d'altres estats: *Les droits des États ce sont des droits envers les autres États et les devoirs de même; il n'y a pas en droit international de droit de l'homme, de l'individu envers l'État ni de devoirs de l'État envers l'individu*. Els drets que pugués tenir l'individu, com el dret d'asil, serien més aviat drets *supernacionals* envers la *magna civitas*. Walter George Frank Phillimore (Lord), "Droits et devoirs fondamentaux des États", *R. des C.*, tom 1, 1923, pàgs. 32-38 i 58.

⁸⁶ Albert Bleckmann, "The Subjective Right in Public International Law", *GYIL*, vol. 28, 1985, pàgs. 159-162. El dret internacional públic tendeix a passar de ser un dret de *coexistència*, a ser un dret de *coordinació*, i aquest, a esdevenir un dret de *subordinació*, en anar incorporant característiques pròpies d'aquest, per exemple, a través de les resolucions de les organitzacions internacionals. Oriol Casanovas i La Rosa, "Derecho Internacional Público", J.J. Ferreira et al. (eds.), *La enseñanza del Derecho*, Madrid: Tecnos, 1987, pàg. 153.

⁸⁷ CIJ, sentència de 5 de febrer de 1970, *Affaire de la Barcelona Traction, Light and power Company, Limited (Belgique c. Espagne)*, CIJ Rec., §33-34, pàg. 32. Carrillo Salcedo considera l'expressió d'aquesta ruptura en la sentència de l'afer de la *Barcelona Traction* a Juan Antonio Carrillo Salcedo, "La Convention Européenne des Droits de l'Homme et le demandeur d'asile", *Le droit d'asile et les réfugiés: tendances actuelles et perspectives d'avenir. Actes du seizième Colloque de droit européen*, 15-17 de setembre de 1986, Strasbourg: Conseil d'Europe, 1987, pàg. 32.

dels seus drets fonamentals. El dret internacional es troba així en el tombant de l'abandonament progressiu d'una concepció lineal de l'ordre jurídic internacional basat en un sistema de coordinació entre drets subjectius dels estats *igualmente sobirans* considerats els components exclusius de la comunitat internacional, envers un sistema global en el que es gestionen interessos objectius com la preservació dels éssers humans i en el que s'han diversificat els actors. Entre aquests interessos objectius també hi figura la protecció dels demandants d'asil, per la qual cosa, l'accés a una protecció provisional ja no és una qüestió únicament de competència de l'estat sobre el territori, sinó de protecció subsidiària de la persona humana per part de la comunitat internacional, personalitzada en l'entitat que estigui en millor situació en el cas concret per proporcionar aquesta protecció.

c. La protecció internacional dels drets humans com a criteri per a la delimitació de la potestat estatal de control de l'entrada en el territori

195. La perspectiva d'anàlisi alternativa a la de l'estat està marcada per la *funció* de delimitació de la competència sobirana dels estats, desenvolupada des de la internacionalització de la protecció jurídica dels drets humans. L'accés al territori de persones estrangeres es presenta com depenent, ja no exclusivament de l'exercici de la sobirania territorial dels estats, sinó també d'altres factors que venen donats per situacions de fet en que els estats deixen de poder fer una tria essencialment discrecional. En aquests casos, la possibilitat d'exercir raonablement una potestat estatal desapareixerà en funció de valors i principis relatius a la protecció de la persona humana⁸⁸. Malgrat tot, a vegades, els estats utilitzen massivament la denegació de l'accés al territori com a mètode per lluitar contra la immigració il·legal, ignorant, a la pràctica, la garantia dels drets humans més bàsics⁸⁹.

En definitiva, tot el règim de protecció dels refugiats està caracteritzat per la tensió descrita en el Capítol V entre *particularisme* i *universalisme*, entre el principi de la sobirania estatal, junt amb els principis de supremacia territorial, autodefensa, i autoconservació, d'una banda; i, de l'altra, els principis humanitaris derivats del dret internacional general i els tractats⁹⁰.

⁸⁸ Fins i tot ha estat considerat que el poder sobirà dels estats d'autoritzar l'accés al seu territori estaria limitat per *drets subjectius* reconeguts a certes persones d'accedir-hi o, en tot cas, de no ser-ne allunyat, de manera que caldria distingir entre la *immigració clàssica o ordinària*, sota prerrogativa de l'estat sobirà, i l'accés al territori en tant que exercici d'un *dret* que limita aquest poder sobirà. Sylvie Sarolea, "La nature civile du droit des réfugiés en droit belge et au sens de la Convention européenne des droits de l'homme. Essai de définition et analyse des enjeux", *RBDI*, vol. XXIX, 1996/2, pàg. 644.

⁸⁹ Hélène Lambert, *Seeking Asylum. Comparative Law and Practice in Selected European Countries*, Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers (International Studies in Human Rights, (vol. 37), 1995, pàg. 46.

⁹⁰ Guy S. Goodwin-Gill, "Entry and exclusion of refugees: The obligations of States and the Protection Function of the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees", in *Transnational Legal Problems of Refugees, Michigan Yearbook of International Legal Studies*, 1982,

L'afirmació que un estat pot impedir l'entrada d'estrangers en el seu territori sovint apareix com una màxima, per a la que no es dóna cap justificació addicional a la simple evocació de la sobirania sobre el territori⁹¹. Es diu que un estat ha d'acomplir amb el seu *highest duty*, el seu fonament últim, que suposa la conservació de la seva existència independent i les condicions de seguretat enfront de suposades *agressions* externes. Però la qüestió és determinar quines mesures són raonables i necessàries per a la *conservació* o *supervivència* de l'estat, d'acord amb la situació de fet concreta i amb el dret internacional vigent.

A vegades s'afegeix explícitament a l'argument dels poders inherents a la sobirania de l'estat, per naturalesa discrecionals, la idea de la *conservació* de l'estat sense que la realitat respongui clarament a aquest tipus d'al·legacions⁹². En qualsevol dels casos, si aquesta no és la finalitat de l'exclusió, els *poders inherents* que s'oposen com a justificació passen a ser únicament una fórmula retòrica⁹³. Com destaca Bruno Nascimbene, *sigui quina sigui la justificació del poder de l'estat en la matèria -domini sobre el territori, autoconservació, potestat domiciliària- sembla correcte retenir que no s'ha format cap límit internacional al respecte i que al marge de que normes convencionals disposin d'altra*

New York: Clark Boardman Company, Ltd., pàgs. 291-292. Els drets humans fan néixer respecte de l'estat *obligacions internacionals que condicionen l'exercici exclusiu de la seva competència territorial* i també les relacions entre el poder públic i els particulars que depenen de la seva autoritat, la qual cosa s'oposa en una certa mesura al principi de la reserva de la competència nacional de l'art. 287 de la Carta de les Nacions Unides. Pierre-Marie Dupuy, *Droit International Public*, op. cit., pàg. 147.

⁹¹ En l'afer *Nishimura Ekiu v. United States*, la Cort Suprema dels Estats Units va dir que: *It is an accepted maxim of International Law that every sovereign nation has the power, as inherent in sovereignty, and essential to its self preservation, to forbid the entrance of foreigners within its dominions or to admit them only in such cases and upon such conditions as it may see fit to prescribe* [142, U.S. 651 (1892)]. Transcrit a Louis B. Sohn i Thomas Buerghenthal (eds.), *The Movement of Persons Across Borders, Studies in Transnational Legal Policy*, núm. 23, Washington, D.C.: The American Society of International Law, 1992, pàg. 52.

⁹² L'argument de la *supervivència de l'estat* no ha estat descartat com a argument vàlid en l'opinió consultiva de la Cort Internacional de Justícia en l'afer sobre la *Legalitat de l'amenaça o de l'ús d'armes nuclears* de 1996 [CIJ, opinió consultiva, 8 de juliol de 1996, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, CIJ Rec., 1996, §96 i 97], com a justificador de circumstàncies extremes de legítima defensa. La no conclusió o *non liquet* de la Cort en aquest cas, no obstant, ha estat interpretat com que *ne signifie pas la consécration de la compétence unilatérale de l'Etat pour qualifier des situations comme de nature à mettre en cause la survie même de l'Etat*. Raymond Ranjeva, "L'avis consultatif sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires et le problème de la guerre juste", *CEBDI*, vol. II, 1998, pàg. 31. Sobre aquesta qüestió, també Ige F. Dekker, Wouter G. Werner, "The Completeness of International Law and Hamlet's Dilemma. Non Liqueur, The Nuclear Weapons Case and Legal Theory", *NJIL*, vol. 68, núm. 3, 1999, pàgs. 225-247; Prosper Weil, "L'avis consultatif sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires: deux lectures possibles", Emile Yakpo & Tahar Boumedra (eds.), *Liber Amicorum-Mohamed Bedjaoui*, The Hague: Kluwer Law International, 1999, pàgs. 545-552.

⁹³ James A.R. Nafziger, "The General Admission of Aliens under International Law", *loc. cit.*, pàgs. 816-818. Aquest autor considera que existiria un deure qualificat d'admetre alguns estrangers en algunes circumstàncies i, en qualsevol cas, sempre que es pretengui una exclusió del territori cal justificar aquesta en relació a l'existència d'un perill *objectiu, individual* o *col·lectiu* de l'estat, la seva població o les institucions essencials (pàgs. 829-841).

*manera, i al marge de la incidència dels instruments humanitaris, el refús d'admetre un estranger no representa un acte il·lícit*⁹⁴.

d. Elements d'un ordre públic internacional i europeu dels drets humans delimitador de la potestat dels estats respecte de l'admissió dels demandants d'asil

196. En el dret internacional contemporani, una de les funcions del qual és la protecció de les persones, els actes *lícits* dels estats, ja no sempre poden ser vistos com a legítims ni com a justos. En determinades circumstàncies, la protecció dels éssers humans és prèvia a l'exercici de qualsevol poder discrecional sobre el territori que comporti l'exclusió dels demandants d'asil que hi són presents. L'acceptació jurídica de la presència física en les fronteres dels estats dels demandants d'asil o en espais que estan sota la seva jurisdicció (i de les seves conseqüències), tot i mancant les autoritzacions per a l'entrada, en altres circumstàncies pertinents, és una condició necessària de l'exercici legítim actual de la sobirania de l'estat. Ni el Dret del refugi ni el Dret de la protecció internacional dels drets humans imposen una obligació formal generalitzada d'*admissió* dels demandants d'asil; però sí que suposen que no es pugui ignorar el fet que són sota la jurisdicció de l'estat d'asil quan, pel lloc on es troben o per les conseqüències derivades d'actes d'autoritat de l'estat hi són objectivament, ni que es pugui excloure l'aplicació d'un estàndard mínim de protecció o *asil provisional* en aquests casos. Els estats no poden legítimament impedir sempre ni amb qualsevol mitjà l'accés a un lloc d'asil provisional per als demandants d'asil.

Pel que fa al Dret del refugi, els tribunals interns dels estats han acceptat de manera més o menys explícita que la Convenció de Ginebra sobre l'estatut dels refugiats *representa una limitació significativa però moderada respecte del dret absolut dels estats membres d'admetre aquells qui trien*⁹⁵. En el cas *Ibrahim*, per exemple, la High Court d'Austràlia afirmava que la Convenció *assumeix una situació en què els refugiats, possiblement per mitjans il·legals, s'han espavilat d'alguna manera per arribar a la vora de [at] o dins [in] del territori de l'estat contractant*⁹⁶. Un cop en el territori o quasi, els

⁹⁴ Bruno Nascimbene, *Il Trattamento dello straniero nel diritto internazionale ed europeo*, op. cit., pàg. 237. També en aquest sentit, Patrice Jean afirma que si bé força motius, en graus diversos, poden fer aparèixer com a poc justificable un refús d'entrada...cal admetre que és difícil limitar en dret d'un govern de refusar un estranger indesitjable. Patrice Jean, "Le contenu de la liberté de circulation", loc. cit., pàg. 34.

⁹⁵ High Court (Austràlia), sentència d'11 d'abril de 2002, afer *Minister for Immigration and Multicultural Affairs versus Khawar*, S128/2001 [2002] HCA 14, §68.

⁹⁶ High Court (Austràlia), sentència de 16 de novembre de 2000, afer *Minister for Immigration and Multicultural Affairs (Appellant) and Hussein Mohamed Haji Ibrahim (respondent)* [2000] HCA 55, S 157/1999, §136.

mecanismes de la Convenció ja són aplicables i, entre ells, el més important, el *non-refoulement*, que és objecte del capítol següent d'aquest treball.

La protecció internacional dels drets humans, per tot això, també emmarca la potestat dels estats respecte de l'admissió de persones estrangeres en el seu territori. No únicament de les persones que demanen asil, però aquestes també poden quedar-ne beneficiades en tant que estrangers. Louis B. Sohn i Thomas Buergenthal han identificat algunes normes bàsiques relatives a drets humans que tenen relació amb l'admissió dels estrangers, i sobre les que els estats no tenen opció en establir les seves normatives i polítiques sobre migracions: l'eliminació de totes les formes de discriminació basades en la raça, el color de pell o l'origen ètnic, la llengua, el sexe o la religió; la igualtat de tracte i la protecció contra actes arbitraris; el dret d'audiència pública justa i a un tribunal imparcial i independent; el respecte de la unitat familiar; i la prohibició de tractament inhumà o degradant⁹⁷.

Entre aquestes normes, el principi de no discriminació⁹⁸ ha estat especialment rellevant, sobretot, en l'àmbit europeu, on la Comissió europea va considerar l'any 1973 que era aplicable en el cas de l'entrada de persones en el territori d'un estat contractant, en el context de l'article 3 del Conveni europeu per a la protecció dels drets humans. La garantia que estableix aquest article i d'altres del Conveni europeu en el moment de l'accés a una protecció provisional dels demandants d'asil s'examinarà en l'apartat 3 del Capítol IX d'aquest treball.

C. AUTORITAT DE L'ESTAT RESPECTE DELS DEMANDANTS D'ASIL. L'ESTATUT DE LES ANOMENADES ZONES INTERNACIONALS I LA SEVA INCIDÈNCIA EN L'ESTATUT JURÍDIC DELS DEMANDANTS D'ASIL

197. La possibilitat d'obtenir una protecció provisional per part dels demandants d'asil, i de gaudir d'unes garanties mínimes respecte dels drets humans depèn, principalment, de que existeixi una connexió jurídica entre ells i un estat d'asil. Aquesta connexió pot derivar-se del fet que el demandant d'asil hagi arribat a situar-se físicament en espais sotmesos a la jurisdicció d'un estat estranger, bé perquè hagi entrat (legalment o il·legal) en el territori de l'estat, bé estigui a les seves fronteres, o bé en zona de trànsit (C.1. i C.2.); i també pot derivar-se d'accions que hagin emprès les autoritats de l'estat o persones que actuen per compte seu fora d'aquests espais (C.3.).

⁹⁷ Louis B. Sohn i Thomas Buergenthal (eds.), *The Movement of Persons Across Borders*, op. cit., pàgs. 49-62.

⁹⁸ S'hi refereix, especialment, Fernando M. Mariño Menéndez, "Los derechos de los extranjeros en el Derecho internacional", Mariño Menéndez y otros, *Derecho de extranjería, asilo y refugio*, Madrid: Ministerio de Asuntos Sociales (INSERSO), 1995, pàgs. 114-115.

1. Les zones internacionals i de trànsit en el dret intern d'alguns estats europeus

198. En el marc de l'exercici del control d'entrada en el territori, el requisit d'una acció positiva d'admissió per part de les autoritats comporta que un estat es fa càrrec formalment del demandant d'asil, i que accepta tramitar la seva petició d'acord amb la normativa vigent. Aquest requisit és un obstacle jurídic a l'accés dels demandants d'asil a una protecció que ha d'ajustar-se a la normativa internacional vigent, com ha estat posat en relleu, però no és l'únic. La creació de zones internacionals per part dels estats és un altre obstacle jurídic, que també pot comportar conseqüències no admeses pel dret internacional i que pot barrar el dret dels demandats d'asil de beneficiar-se d'una protecció bàsica.

a. El fenomen de les anomenades zones internacionals i de trànsit. Perspectiva des del dret intern dels estats

199. Des del punt de vista de l'exercici de les potestats sobiranes, la delimitació del territori suposa determinar l'espai on l'estat desenvoluparà legítimament les seves potestats (competència territorial). Les *fronteres* de l'estat delimiten el seu territori terrestre, marítim i aeri, l'identifiquen respecte del territori d'altres estats i d'altres espais internacionals, i són espais lligats a l'exercici d'un control d'entrada i sortida per part de l'estat. Territori de l'estat i jurisdicció no són termes coincidents, ja que a nivell teòric, només la noció política de territori coincidiria amb l'espai sobre el qual l'estat projecta normalment la seva jurisdicció. El territori estatal no coincideix amb el territori geogràfic o resulta de fronteres naturals, és a dir, no és una *dada fàctica*, sinó que està constituït per estipulacions jurídiques⁹⁹.

Si bé en principi el territori delimitat per les fronteres és la base espacial de l'exercici de sobirania, no sempre l'espai físic que s'identifica a partir del territori es correspon amb l'àmbit d'aplicació en l'espai de l'ordenament jurídic intern dels estats. A aquests efectes resulta útil la definició de territori com a element de l'estat que han fet autors com Hans Kelsen, quan a partir de la noció de *validesa* identifiquen el territori de l'estat com *l'àmbit territorial de validesa del dret nacional*¹⁰⁰.

⁹⁹ *El territorio del Estado no es un dato fáctico que condicione consecuencias jurídicas, sino que está constituido por las normas jurídicas mismas.* Martin Kriele, *Introducción a la Teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático* (trad. Eugenio Bulygin), Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1980, pàgs. 124-125.

¹⁰⁰ En el cas de Kelsen s'identifica estat a ordenament jurídic i es diu que *(l)a validité de cet ordre est limitée dans l'espace. Ce qu'on nomme le territoire de l'État n'est pas, comme on se le figure d'ordinaire, une portion nettement délimitée de la surface terrestre, qui servirait pour ainsi dire de base à l'État -mais simplement l'étendue pour laquelle vaut l'ordre étatique.* Hans Kelsen, "Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public", *R. des C.*, tom 14, 1926-IV, pàg. 249. També en aquest sentit, Alfred Verdross, que considera les competències reals com les facultats de reglamentar una matèria determinada, que resulten competències reals determinades per un element territorial quan es projecten

Les zones internacionals són fruit d'una tendència identificable en alguns estats a restringir l'àmbit d'aplicació del seu ordenament per tal d'excloure la pròpia jurisdicció en el tractament de situacions que, *de fet*, es podria dir que passen dins del seu territori geogràfic, però que *es considera* que passen fora de l'espai on exerceixen jurisdicció, és a dir, fora del territori polític. En aquest sentit, les zones internacionals serien com espais de *res nullius* dins del territori d'estats, tot i la contradicció implícita que això suposa, encara que normalment aquests efectes es produeixen únicament per a qüestions determinades.

Sobretot en el cas del transport aeri i marítim, el fet que les fronteres geogràfiques i les fronteres jurídiques no siguin coincidents posa problemes particulars en relació a l'estatut de les persones que *de fet* han travessat les primeres, però que no han travessat els llocs fronterers perquè se'ls ha negat ser admesos *en el territori* de l'estat.

200. La noció de territori en dret internacional ha evolucionat *en resposta a les necessitats dels pobles i els individus de resultes dels desenvolupaments històrics que afecten l'ordre mundial*¹⁰¹. Aquests desenvolupaments tenen repercussions en els estats on també la noció del territori varia en funció de transformacions, sobretot, en l'àmbit econòmic (on són també més visibles), però també en altres àmbits¹⁰². En els drets interns, l'evolució de la noció de territori expressa una tendència cap a la definició d'aquest segons l'aspecte competencial al que es vinculi la noció de territori en cada cas. El concepte de territori s'expressarà, així, a través de les seves *manifestacions funcionals* o com a *territori funcional*¹⁰³.

Això explica, d'altra banda, perquè en uns mateixos espais geogràfics, els estats exerceixen jurisdicció i assumeixen responsabilitats pel que fa a alguns fets, com per exemple la repressió de delictes, i no pel que fa a d'altres, com per exemple, l'assumpció immediata en el territori amb totes les garanties de les persones que presenten una sol·licitud d'asil o refugi, quan això es produeix en l'anomenada *zona internacional* dels aeroports.

sobre el territori. Alfred Verdross, "Règles générales du droit international de la paix", *R. des C.*, tom 30, 1929-V (1931), pàgs. 351-366.

¹⁰¹ M.N. Shaw., "Territory in International Law", *loc. cit.*, pàgs. 63-64.

¹⁰² Per exemple, a Espanya, en l'àmbit concret de la repressió del contraban s'ha produït un canvi en la noció de territori a nivell normatiu i ja també jurisprudencial, segons el qual la noció de territori basada en la seva accepció políticourídica com a espai sobre el que s'estén la sobirania territorial, ha estat substituït per una noció basada en el concepte de *territori duaner* de la Unió europea. Amb selecció i comentari de jurisprudència espanyola, Enrique Rodríguez Martín, "Nota. Territorio del Estado.-Concepto de territorio: geográfico, político y aduanero", *REDI* "III. Jurisprudencia. A) Jurisprudencia en materia de Derecho Internacional Público. 3. Jurisprudencia española. III. Estatuto Internacional del Estado", vol. L, núm. 1, 1998, pàgs. 218-221; i *REDI*, vol. L, núm. 2, 1998, pàgs. 151-152. Sobre les diferents accepcions de territori i les seves conseqüències pel que fa al delictes de contraban, Ana Muñoz Merino, *El delito de contrabando*, Pamplona: Aranzadi Editorial, 1992, pàgs. 245-260.

¹⁰³ Aquesta noció és emprada per a les organitzacions internacionals per Antonio Remiro Brotons, Rosa M. Riquelme Cortado, Esperanza Orihuela Calatayud, Javier Díez-Hochleitner, Luís Pérez-Prat Durbán, *Derecho Internacional*, Madrid: McGraw-Hill, 1997, pàg. 44.

Com ha expressat Alejandro del Valle Gálvez, les zones trànsit són *ficcions jurídiques de territori liminar interior* que suposen *el trasplantament als recintes aeroportuaris de la funció fronterera del control*¹⁰⁴. Això comporta la creació d'un *imaginari fronterer o limitis limen on*, normalment, no hi ha fronteres-línia entre estats¹⁰⁵. El problema sorgeix quan, aquesta ficció, que parteix de la distinció jurídica entre *entrada de fet/entrada formal*, es transforma en una *ficció jurídica extraterritorial* per la difuminació del règim jurídic que li és aplicable, i es substitueix el binomi inicial per la dicotomia *entrada formal/ no entrada formal*, bandejant-se de qualsevol consideració jurídica l'entrada de fet¹⁰⁶.

b. La qüestió de les zones internacionals a França

201. La qüestió de la naturalesa jurídica de la zona internacional o *zona de trànsit* ha estat objecte de controvèrsia en alguns països. A França, per exemple, abans de l'adopció de la *Llei n. 92-625 sobre la zona d'espera dels ports i aeroports* el 6 de juliol de 1992¹⁰⁷, que introdueix un article 35 *quater* a l'*ordonnance* relativa a l'entrada i estada d'estrangers a França, l'actitud governamental i la jurisprudència havien estat contradictòries.

La zona internacional a França és delimitada per l'autoritat administrativa competent i s'estén *des dels punts d'embarcament i desembarcament fins aquells on són efectuats els controls de persones. Pot incloure, per la influència o la proximitat del port o del aeroport o per proximitat al lloc de desembarcament un o diversos llocs d'allotjament que assegurin als estrangers afectats prestacions de tipus hotelier*¹⁰⁸.

¹⁰⁴ Alejandro del Valle Gálvez, "Las zonas internacionales o zonas de tránsito de los aeropuertos, ficción liminar fronteriza", *REEI*, núm. 9, 2005, pàg. 15/18.

¹⁰⁵ *Ibidem*, pàg. 5/18.

¹⁰⁶ Alejandro del Valle Gálvez, "Las 'zonas de tránsito' de los aeropuertos, ficción liminar interior", *Pacis Artes. Obra Homenaje al profesor Julio D. González Campos*, tom I, Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, Eurolex editorial, 2005, pàg. 801.

¹⁰⁷ Aquesta llei introdueix l'article 35 *quater*, sobre manteniment en zona internacional de demandants d'asil i altres persones no admeses a entrar en el territori, respectivament, a la *ordonnance* n° 45-2658 de 2 de novembre de 1945 *relativa a les condicions d'entrada i estada des estrangers a França. Loi n° 92-625 du 6 juillet 1992 sur la zone d'attente des ports et des aéroports et portant modifications de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France. JORF* de 9 de juliol de 1992, pàgs. 9185-9186.

¹⁰⁸ Actualment es preveu a l'article L. 221-2 del *Codi d'entrada i estada d'estrangers i del dret d'asil; Ordonnance n° 2004-1248 du 24 de novembre 2004 relative à la partie législative du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, JORF* de 25 de novembre de 2004, text 12/119. Com que l'objectiu és negar l'estada en el país de persones que s'hi troben de fet, tenen estatut de trànsit, també algunes vies de comunicació entre diferents zones d'espera. Així, per exemple, quan una persona és traslladada des del port de Le Havre a l'aeroport de Roissy, oficialment no ha entrat mai en el territori. A França hi haurien més de cent zones qualificades com zones d'espera, incloent-hi territoris d'ultramar com Guadalupe o La Reunión. Chris De Stoop, *Los "Otros". La deportación de los "sin papeles" en Europa*, Barcelona: Edicions Bellaterra, 1999, pàgs. 107-108.

Com explica Danièle Lochak, la tesi governamental davant d'aquells que criticaven la manca de base legal per retenir durant dies persones estrangeres en la zona internacional consistia en argumentar que aquell espai no era territori francès i, per tant, d'acord amb el principi de territorialitat de les lleis, gaudiria d'una espècie d'*estatut extraterritorial*. Això no obstant, quan es presentava una demanda per tal que el jutge constatés una situació arbitrària i establís el seu cessament, abans que aquest pogués actuar, l'administració ja havia fet sortir la persona de la zona internacional, bé deixant-la entrar en el territori, bé refusant-la¹⁰⁹.

Pel que fa a la jurisprudència, en funció del supòsit de fet, en uns afers es considerava que les persones que es trobaven en zona internacional no eren a França i en d'altres que sí. Un exemple de la primera opció és la decisió de 27 de gener de 1984 del *Conseil d'État* en l'afer *Eksir*. En una situació en que es plantejava si trobar-se en zona internacional o en territori francès més enllà dels llocs fronterers eren fets equivalents, als efectes de suspendre una resolució de refús d'admissió en el país, el *Conseil d'État* va considerar que les persones que es trobaven en zona internacional, com que se'ls havia prohibit l'entrada, en *dret* no es trobaven a França i que la decisió de refús d'entrada no modificava la seva situació de *fet*¹¹⁰.

Un exemple de la segona opció és la sentència de 28 d'octubre de 1987 de la *Cour de Cassation* en l'afer *Procureur général de Paris et Youssef*, en una situació en que un estranger havia estat reconduït a la frontera per estada irregular a França i, havent-se negat a embarcar a l'avió que l'havia de dur a l'estat d'origen, havia estat objecte d'acusacions suplementàries d'infracció a la legislació d'estrangers. La *Cour de Cassation* va refusar l'argument de la defensa del demandat d'acord amb la qual després de travessar els establiments duaners i policíacs en les dependències de l'aeroport *Youssef* ja no es trobava en situació irregular *en el país*. En la sentència es va establir que el demandant *no era titular de cap permís d'estada regular sobre el territori francès del qual n'és part el conjunt de l'aeroport de Roissy*¹¹¹.

¹⁰⁹ Danièle Lochak, "Note (Création d'une zone de transit.-Droit d'asile.-Respect de la liberté individuelle.-Contrôle judiciaire.- Loi portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée. Conseil constitutionnel.-25 février 1992)", *JDI*, núm. 3, 1992, pàgs. 681-682.

¹¹⁰ Conseil d'État (França), decisió de 27 de gener de 1984, afer *Eksir, Toufani-Wahid et Zabeti*, *RDP*, vol. 100, núm. 3, 1984, pàg. 810. Segons Jacques Robert, el Conseil d'État va fer una interpretació d'acord amb la qual si bé els demandants a qui s'havia prohibit l'entrada es trobaven *geogràficament en una parcel·la del territori nacional*, s'hi trobaven en una *situació d'extraterritorialitat* ja que no havien pogut complir o no podien complir les formalitats necessàries per a una «*entrada jurídica*» a França; Jacques Robert, "Note de jurisprudence", *RDP*, vol. 100, núm. 3, 1984, pàg. 805.

¹¹¹ Cour de Cassation [crim.] (França), 28 d'octubre de 1987, afer *Procureur général de Paris et Youssef*, *Recueil Dalloz Sirey* 1989 (Sommaires commentés), pàg. 136. En aquest afer la defensa pretenia demostrar que el refús d'embarcar d'una persona d'origen palestí cap a Jordània era degut al temor de patir maltractaments, i que la reconducció a la frontera jurídicament només volia dir situar la persona més enllà de la línia a partir de la qual es considera que la persona ha canviat d'estatut jurídic, és a dir en aquella zona gris dels aeroports que es troba després dels controls duaners. En aquest sentit es defensava que no es podia obligar a embarcar una persona en un avió amb qualsevol destinació ni tampoc cap a l'estat de la nacionalitat i que el refús d'embarcament no podia constituir un il·lícit d'acord amb la normativa interna. Aquesta posició també era la que defensava Jacques Robert en el comentari de l'afer

202. En els anys vuitanta i començament dels noranta, van aparèixer amb més cruesa els efectes perversos derivats d'aquestes *zones de no dret* o *zones grises*, i la doctrina va reclamar l'establiment d'un sistema jurídic que permetés definir la situació de les persones que es trobaven en aquests espais durant el temps necessari per examinar els seus casos. Alguns autors, fins i tot van proposar l'establiment de convenis internacionals¹¹².

Finalment, en una sentència de 25 de març de 1992, el *Tribunal de grande instance* de Paris, refusant els arguments de l'administració, va considerar que aquesta no podia emparar-se en que l'estranger estava retintut en un lloc que, en definitiva, era una extensió de la zona internacional de l'aeroport, per tal d'excloure un greuge relatiu a un atemptat a la llibertat individual. En aquesta sentència es deia que

*no s'ha justificat l'existència d'un text, nacional o internacional que confereixi una extraterritorialitat qualsevol a tot o part dels locals de l'hotel Arcade, situat al capdavall fora del recinte de l'aeroport i de la zona "sotmesa a duana" d'aquest; atès que en aquestes condicions aquesta zona, que constitueix una ficció jurídica no podria estar sostreta als principis fonamentals de la llibertat individual*¹¹³.

La decisió del Consell constitucional francès núm. 92-307 DC de 25 de febrer de 1992¹¹⁴, sobre la *lleï de reglamentació de les zones de trànsit en ports i aeroports*, no va posar en qüestió l'existència mateixa de les zones de trànsit, el manteniment de certs estrangers en aquestes zones, ni la competència de l'estat per reglamentar aquests espais, la qual cosa ha estat interpretat com a posant fi al debat sobre si la zona de trànsit o internacional (des de la llei de 1992, *zona d'espera*) formava part o no del territori francès. El fet de no denegar al legislador el dret de legislar en aquesta matèria significa *implícitament i necessària que la zona en qüestió és part integrant del territori nacional*¹¹⁵.

Arran d'algunes decisions de les més altes instàncies jurisdiccionals franceses que criticaven el règim en què els demandants d'asil podien ser detinguts, com el Consell d'estat¹¹⁶, finalment, a finals de 2003 es va modificar l'article 35 *quater* de l'*ordonnance*

Eksir: Jacques Robert, "Note de jurisprudence", *loc. cit.*, pàg. 810.

¹¹² En aquest sentit, per exemple, l'advocat de la defensa de *Youssef*, Christian Bourguet, "Les 'zones grises' des aéroports européens", Marie-Claire Caloz-Tschopp, Laurent Monnier (dossier préparé par), *Droit d'asile. Attachez vos ceintures. La mise en oeuvre du droit d'asile dans les aéroports d'Europe et au centre d'enregistrement de Cointrin*, Genève: Institut Universitaire d'Etudes du Développement (IUED) et Institut d'Études Sociales (IES), juny 1990.

¹¹³ Danièle Lochak, "Note (...)", *loc. cit.*, pàg. 683.

¹¹⁴ Conseil Constitutionnel (França), decisió de 25 de febrer de 1992, núm. 92-307 DC, *Loi portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée, relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France* ("zones d'attente"), *JDI*, núm. 3, 1992, pàgs. 669-677 i *RFDA*, vol. 8 (2), 1992, pàgs. 198-201.

¹¹⁵ François Julien-Laferrrière, "De l'application des accords de Schengen au statut des «zones d'attente»: chronique d'une loi annoncée", *AJDA*, núm. 10, 20 octubre de 1992, pàg. 664.

¹¹⁶ En una decisió de juliol de 2003, el Consell d'estat francès va considerar que el règim de manteniment d'un demandant d'asil no respectava suficientment els drets de les persones perquè els advocats i intèrprets no podien accedir a les zones sempre que ho sol·licités el demandant. Conseil d'Etat

sobre entrada i estada dels estrangers a França¹¹⁷ i, a finals de 2004, un decret en va fixar les modalitats d'aplicació¹¹⁸. En tots dos casos s'han establert més garanties per a les persones que romanen en zona d'espera, de tipus assistencial (dret d'accés a advocat i intèrpret a la zona en tot moment), i de tipus jurisdiccional. Malgrat això, el temps en què una persona pot romandre en la zona d'espera s'ha ampliat en quatre dies, en els casos en què la demanda d'asil es presenti dins dels darrers quatre dies en què una persona pot ser mantinguda en aquesta zona (després de quatre dies, el jutge pot autoritzar la permanència en la zona fins un màxim total de 20 dies que, en aquests casos, serà de 24 dies)¹¹⁹. L'aprovació del *Codi d'entrada i estada d'estrangers i del dret d'asil* a França de novembre de 2004 ha refós tots els textos sobre la matèria, i regula el *manteniment d'estrangers en zona d'espera* en el Títol II del Livre II "l'entrada a França", en els articles L.221-1 a L.224-4¹²⁰.

c. La qüestió de les zones internacionals a Espanya

203. A la jurisprudència espanyola, en general, els tribunals han considerat explícitament¹²¹ i implícita¹²² que l'espai anomenat *zona internacional* forma part del

(França), decisió de 30 de juliol de 2003, *Syndicat des avocats de France*, demanda nº 247940, RFDA núm. 5, 2003, pàgs. 1031-1032.

¹¹⁷ *Loi nº 2003-1119 du 26 novembre relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*, JORF de 27 de novembre de 2003, pàgs. 20136-20154.

¹¹⁸ *Décret nº 2004-1215 du 17 novembre 2004 fixant certaines modalités d'application des articles 35 bis et 35 quater de l'ordonnance nº 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, JORF de 18 de novembre de 2004, text 19/104.

¹¹⁹ Article 50.I.12 de la Loi nº 2003-1119 du 26 novembre.

¹²⁰ *Ordonnance nº 2004-1248 du 24 de novembre 2004 relative à la partie législative du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*, JORF de 25 de novembre de 2004, text 12/119.

¹²¹ En una interlocutòria del Tribunal Constitucional espanyol de març de 1996, després d'afirmar-se que el dret a la llibertat personal no comporta el dret d'entrar a Espanya per als no nacionals, es diu que: *De la anterior afirmación no cabe, sin embargo, deducir que la llamada "zona internacional" del aeropuerto, donde se encontraban los demandantes, no sea territorio español. Tanto el espacio aéreo como los aeropuertos están sometidos a la soberanía española, tal y como declaran los arts. 1, 3, 42 y 47 de la Ley sobre Navegación Aérea de 1960, y los artículos 1, 2, 10 y 13 del Convenio sobre la Aviación Civil Internacional, firmado en Chicago en 1944, y ratificado por España en 1969. Precisamente, los funcionarios del servicio de control de fronteras actúan en ejercicio de las potestades públicas inherentes a la soberanía plena y exclusiva del estado sobre el espacio aéreo y los aeropuertos aduaneros, en los términos detallados por el Decreto de 3 de mayo de 1946, en desarrollo de las disposiciones mencionadas y por la Ley de Extranjería*. TC (E), interlocutòria de 6 de març de 1996, núm. 55/1996, §3 (2-3) [Aranzadi Westlaw RTC 1996/55 Auto].

¹²² Per exemple, en dues sentències del Tribunal Suprem espanyol, de 1991 i 1995, el fet que les persones fossin detingudes en *zona internacional* no va incidir en la qualificació jurídicopenal dels fets justiciables en casos de delictes contra la salut pública i, en el primer cas, també de contraban. TS-Penal (E), sentència de 31 de maig de 1991 [Aranzadi Westlaw RJ 1991\4026]; i TS-Penal (E), sentència de 23 d'octubre de 1995, núm. 1029/1995 [Aranzadi Westlaw RJ 1995\8008].

territori espanyol i està sotmès a la jurisdicció de les autoritats espanyoles, llevat d'algunes excepcions¹²³.

En un recurs d'inconstitucionalitat contra determinats articles de la *Llei 9/1994 de 19 de maig de modificació de la Llei 5/1984 de 26 de març reguladora del dret d'asil i de la condició de refugiat*, el Defensor del poble va abordar la qüestió de l'abast de la ficció jurídica que, aparentment, exclou aquestes "zones" del territori nacional i, per tant, de la sobirania de l'estat. El recurs es presentava per considerar-se que el manteniment de demandants d'asil en zones de trànsit a les fronteres excedia els límits als que es poden sotmetre drets fonamentals, concretament, el dret a la llibertat de l'article 17 de la Constitució espanyola. Després de fer una anàlisi detallada del concepte de territori en dret internacional públic, es conclou que la denominada *zona de trànsit* es troba sota sobirania i jurisdicció de l'estat en el territori del qual s'ubica, i que, la ficció jurídica, ho és només als efectes de

*permetre a l'administració adoptar la decisió d'admissió o refús en el seu territori de persones o mercaderies, de tal manera que en tot allò que no suposi una actuació administrativa en el sentit indicat, es tracta lògicament de territori nacional. En conseqüència, les expressions emprades en la llei d'admetre o autoritzar "l'entrada en el territori" o "l'ingrés en el territori", han d'entendre's com actes de l'autoritat amb un sentit jurídic formal específic, però mai en el sentit de que la persona estrangera "en frontera" no estigui ja en territori d'Espanya. Del què s'ha exposat es desprèn que els llocs on es trobin els sol·licitants d'asil en els llocs fronterers han de considerar-se territori nacional*¹²⁴.

En els darrers anys, fins i tot, la consideració de la *zona internacional* com a territori estatal s'ha refermat en la jurisprudència, on s'han plantejat controvèrsies relatives a la situació de persones estrangeres en aquests espais¹²⁵. En una sentència del Tribunal Constitucional de 27 de setembre de 1999, després de reconèixer-se explícitament que la zona internacional és un *espai limitat i tancat de territori espanyol*, es fa una afirmació en el sentit de considerar que l'espai físic que constitueix la *zona de trànsit* no defineix per si

¹²³ TS-Penal (E), sentència de 3 de novembre de 1988, on, en el cas d'un delicte de contraban de drogues tòxiques o estupefaents, es va dir que, en el cas concret, el trasllat de les substàncies significava exportació i importació, perquè, necessàriament, aquestes havien de sortir del territori nacional, travessar les aigües o l'espai aeri internacional, i penetrar novament en l'àrea de la jurisdicció duanera espanyola, *desde un punto no sometido a dicha jurisdicción, como es la zona internacional* [Aranzadi Westlaw RJ 1988\8962].

¹²⁴ Margarita Retuerto Buades, Defensor del pueblo en funciones, *Recurso de inconstitucionalidad contra el apartado 8 del artículo único de la Ley 9/1994, de 19 de mayo, de modificación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiad, en la redacción que da al párrafo tercero del apartado 7 del artículo 5 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, por vulnerar el artículo 17, apartado 2, de la Constitución al no respetar el contenido esencial del derecho fundamental a la libertad y el artículo 53.1 por igual motivo, así como por vulnerar el artículo 81.1 de la Constitución en relación con el 17.1, al no revestir dicho precepto naturaleza de ley orgánica*, presentat a Madrid, el 22 d'agost de 1994, pàgs. 8-13.

¹²⁵ A la sentència del Tribunal Constitucional en el cas *Fayiar* de juny de 2000, l'examen de les garanties d'una persona estrangera en *zona internacional* parteix implícitament de la consideració d'aquest espai com a territori de l'estat sotmès a la seva jurisdicció, cosa que, d'altra banda ja no havia estat posat en dubte [TC (E), sentència de 26 de juny de 2000, núm. 179/2000].

mateix la *situació jurídica* de les persones que s'hi troben, sinó que cal analitzar en cada cas concret *les circumstàncies que envolten l'estada forçosa de cada persona en la zona de trànsit o "zona de refusats" d'un aeroport*¹²⁶. És a dir que, no perquè una persona es trobi en "territori espanyol", això vol dir que ha estat admesa, o que es troba legalment a Espanya.

2. Les zones internacionals i de trànsit en el dret internacional

a. El fenomen de les anomenades zones internacionals i de trànsit. Perspectiva des del dret internacional

204. En la doctrina internacionalista, si bé s'identifica la frontera com delimitant un espai sobre el qual s'exerceix sobirania, no sempre s'utilitza en el sentit de *frontera-línia*, sinó que també es coneix la noció de frontera com a *zona* intermèdia entre dos espais o com a *zona de trànsit*¹²⁷. L'element físic en la delimitació del territori té una importància relativa respecte de la ficció jurídica que es crea a partir de la noció de frontera com a instrument per a la delimitació de l'espai sobre el que s'exerceix sobirania.

En dret internacional, es coneixen *servituds jurídiques* diverses respecte de les fronteres terrestres o zones intermèdies, arranjaments mixtos que *qüestionen les separacions frontereres*, i especificitats respecte de les altres fronteres¹²⁸. Aquest fet expressa una creixent *diversificació funcional* de les fronteres en la mesura de les necessitats de cooperació, i implica una superposició i interpenetració de competències, d'acord amb la idea que la sobirania comporta acceptar servituds recíproques i estàndards internacionals¹²⁹.

En el cas de les fronteres aèries, la noció de *trànsit aeri* ha conduït la creació de *zones de trànsit* o *zones franques* en els aeroports. L'Annex 9 al Conveni sobre Aviació Civil Internacional defineix una *zona de trànsit directe* com una

¹²⁶ (L)as circunstancias de las personas que se hallan en la "sala de rechazados" puede ser muy diversa y responder a situaciones jurídicas muy distintas, ya que el espacio físico de la "zona de rechazados" por sí solo no las define (...) no cabe hablar con propiedad de un régimen jurídico único para los ubicados en la "sala de rechazados" de un aeropuerto. TC (E), sentència de 27 de setembre de 1999, núm. 174/1999.

¹²⁷ Antonio Truyol y Serra, "Las fronteras y las marcas", *REDI*, 1968, pàg. 119.

¹²⁸ Emmanuel Decaux, "L'approche du droit international: zone internationale, zone frontière, zone de transit, zone franche. Frontières géographiques et aménagements juridiques", *Frontières du droit. Frontières des droits. L'introuvable statut de la "zone internationale"*, op. cit., pàg. 34. Segons aquest autor hi hauria una *dialèctica* entre l'element físic i la ficció jurídica en cada un dels espais.

¹²⁹ *Ibidem*, pàg. 42.

*(z)ona especial que, amb aprovació de les autoritats competents i sota la seva jurisdicció immediata, s'estableix en els aeroports internacionals per a la comoditat i conveniència del trànsit que es deté breument al seu pas per l'estat contractant*¹³⁰.

Per la seva banda, l'article 13 del Conveni estableix que

(l)es lleis i reglaments d'un estat contractant, relatius a l'admissió o sortida del seu territori de passatgers, tripulació o carrega transportats per aeronaus, com els relatius a entrada, llicència, immigració, passaports, duanes i sanitat, seran complerts per part o per compte d'aquests passatgers, tripulació i càrrega, bé a l'entrada, a la sortida o mentre es trobin dins del territori d'aquest estat.

En aquesta disposició, així com en l'annex 9 no s'exclou, sinó que es manté i afirma plenament la competència de l'estat del territori.

En el Capítol 3 del mateix annex 9 al Conveni, sobre "Entrada i sortida de persones i del seu equipatge", es precisa que

(l)es autoritats competents es faran càrrec promptament dels passatgers i tripulants per verificar si son o no admissibles en l'estat; i que

*(l)'explotador serà responsable de la custòdia i cura dels passatgers i tripulants fins que es procedeixi a la verificació. La responsabilitat de l'explotador comprendrà la custòdia de passatgers i tripulació entre l'aeronau i l'edifici terminal i dins de l'àrea de trànsit de l'edifici terminal, en la diligència de que l'estat contractant podrà, si així ho desitja, eximir l'explotador total o parcialment d'aquesta responsabilitat*¹³¹.

b. Moment a partir del qual és efectiva l'autoritat de l'estat respecte de l'estranger demandant d'asil en la zona internacional dels aeroports

205. L'estat pot eximir l'explotador de la responsabilitat de la custòdia i cura dels passatgers fins el moment que les autoritats se'n fan càrrec, és dir, fins que es posa de forma efectiva aquestes persones sota la jurisdicció de l'estat d'arribada. Allò que en principi no poden fer les autoritats de l'estat és negar fer-se càrrec de les persones que hi arriben i que els són presentades. Una "Nota" a les disposicions anteriors afegeix que

*(l)'expressió "fins que es procedeixi a la verificació" acostuma a fer referència a la primera vegada que el passatger es presenta davant d'un funcionari de control després del desembarcament per sol·licitar l'entrada al país en qüestió, moment en que el funcionari de control examina la documentació presentada pel passatger i normalment determina si aquest és o no admissible. Aquesta verificació no inclou la inspecció de documents que es realitza a l'aeronau immediatament després de desembarcar, i que les autoritats competents poden realitzar per a l'establiment de perfils*¹³².

¹³⁰ *Convenio sobre aviación civil internacional*, "Normas y métodos recomendados internacionales" Facilitación, Anexo 9, Capítol I "Definiciones y aplicación", pàg.2. Organización de la Aviación Civil Internacional. 10ª ed., abril de 1997 (actualitzat fins a esmena 17, aplicable a partir de 4 de novembre de 1999).

¹³¹ *Ibidem*, apartat E "Custodia y cuidado de pasajeros, tripulantes y de su equipaje", §3.38 i 3.38.1, pàg. 14.

¹³² *Ibidem*, pàg. 14

En principi, segons el que es diu a les disposicions de l'OACI, des del moment que la persona es presenta davant de l'autoritat competent per demanar l'admissió en el territori, l'estat se'n fa càrrec, i hauria de ser responsable de la seva custòdia i cura. És a dir, que els estrangers passen formalment a estar sota la seva autoritat. Segons el mètode recomanat:

*(d)esprés d'haver-se fet càrrec dels passatgers i tripulants, condicionalment o incondicional, les autoritats competents haurien de ser responsables de la custòdia i cura d'aquest, fins que siguin admesos legalment a entrar en el país, o siguin considerats no admissibles i es transfereixi novament la seva custòdia a l'explotador per a que aquest els transporti fora del territori de l'estat*¹³³.

Malgrat aquesta recomanació, alguns estats, dos d'ells membres de la Unió Europea, Àustria i el Regne Unit, han notificat a la OACI que els seus mètodes i reglaments nacionals són diferents dels recomanats en aquest punt, bàsicament per negar que se'ls atribueixi que tenen cap responsabilitat sobre determinades persones. En el cas d'Àustria, es diu que:

*(l)es autoritats competents no són responsables de la custòdia de les persones que siguin considerades no admissibles. Les autoritats competents assumiran les despeses de la custòdia només quan s'hagi presentat una sol·licitud vàlida demanant asil i el sol·licitant no hagi trobat altres mitjans de protecció*¹³⁴.

En el cas del Regne Unit:

*(l'explotador és responsable de la custòdia i cura dels passatgers no admissibles, inclosos els costos corresponents, en determinats casos*¹³⁵.

206. En certa mesura, com diu Marie-Claire Caloz-Tschopp, *en matèria d'asil és l'estat qui defineix l'extensió real del seu espai territorial, per tant, l'abast i els límits de l'espai de la seva intervenció i de la seva responsabilitat*¹³⁶. La configuració d'aquest espai és, en aquest sentit, *elàstica* ja que no sempre es correspon amb l'espai delimitat per les fronteres territorials estatals. Per un costat, els estats *estenen les fronteres* fins els estats d'origen quan posen traves a la sortida del territori, i estableixen reglamentacions per sancionar els transportistes que duguin persones estrangeres *no admissibles* al seu país i, també, quan creen zones que s'anomenen *segures* o *protegides* a l'interior d'estats en

¹³³ *Ibidem*, §3.38.2, pàg. 14.

¹³⁴ *Convenio sobre aviación civil internacional*, Suplemento del Anexo 9, *Facilitación, Diferencias entre los métodos y reglamentos nacionales de los Estados contratantes y las correspondientes normas y métodos recomendados internacionales del Anexo 9, notificadas a la OACI de conformidad con el artículo 38 del Convenio sobre la Aviación Civil Internacional y la resolución del Consejo del 21 de noviembre de 1950*, 10ª ed., agost de 2001, Àustria, 3.38.2, pàg. Àustria 1/3.

¹³⁵ *Ibidem*, Regne Unit, 3.38.2, pàg. Regne Unit 2/6. Els altres dos estats que han fet una notificació semblant a la d'aquests dos països, al paràgraf 3.38.2 són Etiòpia i el Japó, amb la particularitat que en aquests dos casos, l'explotador s'ha de fer càrrec de la persona *fins que sigui declarada admissible* (Etiòpia); o *fins que s'hagin adoptat decisions definitives* relatives a l'admissió (Japó). *Ibidem*, Etiòpia, pàg. 1/2, i Japó, pàg. 2/3.

¹³⁶ Marie-Claire Caloz-Tschopp, "La zone internationale et le droit d'asile en Europe. Les limites d'une communauté d'états... de Droit et l'exercice de la démocratie radicale", *loc. cit.*, pàg. 21.

conflicte o productors de refugiats per impedir que les persones surtin del país. I, per l'altre, els estats practiquen polítiques d'*encongment* de part del seu territori i, per tant, de *retraïment* de la seva responsabilitat amb la creació de *zones grises* suposadament fora de la seva jurisdicció dins del territori¹³⁷.

La qüestió de la presa a càrrec de l'estranger, eventual demandant d'asil, per part de les autoritats d'un estat en la zona internacional dels aeroports no és una qüestió d'importància únicament teòrica. En primer lloc, per a una persona que pot estar en una situació de gran vulnerabilitat suposa el poder gaudir davant d'autoritats públiques d'una situació mínima quant als drets humans; les companyies de transports no són, en aquest sentit, una alternativa de garantia de la dignitat de la persona. En segon lloc, suposa un cert dret de ser, que és gairebé el mateix que dir que suposa un cert *dret de ser en algun lloc*.

El fet que les autoritats de l'estat on es troba un aeroport refusin fer-se càrrec d'una persona *inadmissible* que hi arriba, pot arribar a tenir conseqüències molt nocives des del punt de vista humà. En aquest sentit, per exemple, és tristament famós el cas de Mehran Karimi Nasseri, d'origen iranià, més conegut com a *Sir Alfred* que, després d'un periple vital que incloïa un reconeixement com a refugiat a Bèlgica i una declaració d'apatrídia per part del Regne Unit, ha arribat a passar més de setze anys a l'aeroport Roissy-Charles de Gaulle, de Paris. Durant aquest temps (des del 15 de novembre de 1988), no podia ni entrar formalment a França (més enllà de l'aeroport), ni tornar a Bèlgica, on havia estat reconegut com a refugiat l'any 1981: va extraviar el seu passaport de refugiat a bord d'un ferri en un dels seus intents de travessar el canal de la Mànega, i li van robar tota la documentació a l'estació del Nord de Paris l'any 1988. Tampoc podia arribar al Regne Unit, el seu destí, que el va qualificar d'apatrídia i li va negar reiteradament l'entrada (el darrer intent el va fer el 15 de novembre de 1988, quan va arribar a l'aeroport de Heathrow, d'on va ser retornat al de Paris). Finalment, el juliol de 1999, Bèlgica va accedir a reconèixer-li l'estatut de refugiat i, tot i oferir-li la possibilitat de ser-hi acollit per una ONG, Mehran Karimi Nasseri va quedar-se a l'aeroport. França li va concedir un permís de residència el 16 de setembre de 1999, que tampoc va acceptar. Després de tots aquests anys, únicament està disposat a acceptar seguir els seu trajecte cap al Regne Unit¹³⁸.

¹³⁷ *Ibidem*, pàg. 21-22. Aquesta autora reivindica el paper i la responsabilitat de la societat civil en l'establiment d'un *seuil de tolérance humanitaire* que posi límits a la deriva de la protecció dels estrangers (pàg. 25).

¹³⁸ Nicolas Weill, ««Sir Alfred», l'apatride qui campe depuis 11 ans à Roissy, a obtenu le statut de réfugié en Belgique», *Le Monde*, dimarts 13 de juliol de 1999; Joaquín Luna, «Sir Alfred ya tiene papeles», *La Vanguardia*, dimarts 28 de setembre de 1999, pàg. 33; Chris De Stoop, *Los "Otros". La deportación de los "sin papeles" en Europa*, capítol 18 «Sir Alfred o una pelota humana», Barcelona: Edicions Bellaterra, 1999, pàgs. 99-104. *Sir Alfred* encara espera un permís per continuar el seu viatge cap al Regne Unit, lloc de la nacionalitat de la seva mare i on, al menys, en iniciar el viatge, esperava retrobar-la. Mehran Karimi Nasseri és fill d'un metge iranià i una infermera britànica que va néixer a la *Anglo-Persian Oil Company* a Masjed Soliman, va fer estudis al Regne Unit on, el març de 1974, va participar en protestes contra el Shah Mohammed Reza Pahlavi. De retorn a Iran, va ser empresonat durant quatre mesos i, després, expulsat de territori. Va tornar a Europa, on va demanar asil a Alemanya el 1977, als Països Baixos, a França al 1978, a Iugoslàvia, a Itàlia, el 1979. Va tornar-ho a intentar el 1980 a França, es va plantar a l'aeroport de Heathrow d'on va ser expulsat sense poder entrar al territori i, finalment, li van

3. Jurisdicció extraterritorial de l'estat respecte dels demandants d'asil.
Exercici d'autoritat, actes atribuïbles a l'estat i domini o control efectiu de la situació del demandant d'asil per part d'un estat

207. És generalment acceptat que els estats modulen el lliure exercici de les seves potestats a través d'actes d'exercici de sobirania celebrant acords internacionals amb altres subjectes, i que aquests són aplicables en el seu territori juntament amb el dret internacional consuetudinari i els principis generals. Qüestió diferent és la que plantegen els instruments de protecció dels drets humans, que és, fins a quin punt, quan els estats actuen més enllà de les seves fronteres, també estan vinculats per aquestes normes. L'estatut jurídic dels demandants d'asil depèn de la resposta que es doni a aquesta pregunta, quan legalment no han arribat a penetrar en el territori d'un pretès estat d'asil. Si es considera que estan sota la seva jurisdicció, tenen, respecte d'aquest estat, drets que aquest ha de respectar, com el dret de demanar asil, o de ser tractats amb dignitat.

En el context europeu, és important veure quin és l'àmbit d'aplicació dels instruments per a la protecció dels drets humans, especialment, del Conveni europeu per a la protecció dels drets humans, ja que d'això depèn en bona part l'abast de la protecció dels demandants d'asil que són bé en *zona internacional*, bé a les fronteres de l'estat, bé en espais sotmesos a la jurisdicció, o bé sota la seva autoritat pels efectes que han tingut sobre ells actes extraterritorials de l'estat.

En alguns casos, la qüestió es fa dependre del concepte de *jurisdicció* de l'estat, però, des de la perspectiva dels drets humans com a límits al poder, també és útil considerar en quin casos l'estat és *responsable* per les seves accions contràries al dret internacional quan actua respecte dels demandants d'asil que es troben fora dels espais sotmesos a la seva jurisdicció. La qüestió de l'àmbit d'aplicació de la Convenció de Ginebra s'analitzarà en el capítol següent, en l'examen de l'abast de la regla de *non-refoulement*.

a. L'abast de l'aplicabilitat del Pacte Internacional per a la protecció dels Drets Civils i Polítics

reconèixer l'estatut de refugiat a Bèlgica, on va viure fins el 1986. Llavors va decidir tornar a intentar entrar al Regne Unit, on sempre ha tingut l'esperança de retrobar-se amb la seva mare, però, segons ell, va perdre el passaport de refugiat i, després, li van robar la cartera amb tota la documentació mentre esperava el tren per anar a l'aeroport de Charles de Gaulle. Va arribar a fer el trajecte amb avió fins al Regne Unit, però una altra vegada va ser expulsat de l'aeroport de Heathrow i retornat a l'aeroport francès d'on havia sortit. Un cop allà, sense poder justificar la seva condició de refugiat, va ser conduït a la *zona d'espera* de l'aeroport fins que no pogués aconseguir la documentació necessària per viatjar o entrar a França. Sobre la seva història, Steven Spielberg va fer una pel·lícula, *The Terminal Man*, i, aprofitant el diari que Mehran ha escrit mentre ha estat a l'aeroport, s'ha publicat un llibre amb el mateix títol, Sir Alfred Mehran, Andrew Donkin, *The Terminal Man. The extraordinary true story of the man who has lived in an airport terminal for sixteen years*, Londres: Transworld Publishers, 2004. L'abril de 2005 encara s'esperava a l'aeroport de París.

208. A l'opinió consultiva de 9 de juliol de 2004 *sobre les conseqüències jurídiques de la construcció d'un mur en el territori palestí ocupat*, la Cort Internacional de Justícia va considerar que, tot i que la jurisdicció dels estats és *prima facie* territorial, a vegades s'exerceix extraterritorialment, i que cal tenir present l'objecte i la fi del tractat per establir l'abast d'aplicació de la norma

*si bé la jurisdicció dels estats és primordialment territorial, en ocasions pot exercir-se fora del territori nacional. Tenint en compte l'objecte i la fi del Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics, sembla lògic pensar que, malgrat que així sigui, els estats que són parts del pacte estan obligats a complir les seves disposicions*¹³⁹.

Per a la Cort, els treballs preparatoris del Pacte, així com la pràctica habitual del Comitè de drets humans confirmen la interpretació segons la qual el Pacte és aplicable quan un estat part exerceix la seva jurisdicció fora del seu territori. La Cort acaba assumint una interpretació extensiva de l'article 2 del Pacte que estableix que els estats parts es comprometen a respectar i garantir els drets reconeguts al Pacte *a tots els individus que es trobin en el seu territori i estiguin subjectes a la seva jurisdicció*, i acaba establint que *el Pacte de Drets Civils i Polítics és aplicable respecte dels actes d'un estat en l'exercici de la seva jurisdicció fora del seu propi territori*¹⁴⁰. Per fer-ho, també es recolza en les conclusions del Comitè de drets humans que, l'any 2003, davant la posició constant d'Israel sobre que el Pacte no s'aplicava més enllà del seu propi territori, especialment a la Ribera Occidental i a Gaza, va establir que les disposicions del Pacte s'aplicaven respecte d'Israel en benefici de la població dels territoris ocupats *per a qualsevol conducta de les seves autoritats o agents en aquests territoris que afecten el gaudi dels drets consagrats en el Pacte i entren dins de l'àmbit de la responsabilitat estatal d'acord amb els principis del dret internacional públic*¹⁴¹.

D'aquestes afirmacions s'extreu que, per al Comitè i per a la Cort, l'aplicabilitat del Pacte de Drets Civils i Polítics abasta el territori de l'estat sobre el que s'exerceix la *jurisdicció territorial*, però també s'estén a *qualsevol conducta* o acte d'autoritat extraterritorial d'agents públics o actuant per compte de l'estat, quan aquests entren dins de l'àmbit de la *responsabilitat* d'aquest estat.

Aquesta interpretació fa dependre l'aplicabilitat extraterritorial del Pacte de l'atribució de responsabilitat, en el cas d'actes d'autoritat exercits directa o indirectament fora del territori. A aquests efectes, *jurisdicció* i *responsabilitat* són conceptes que tenen una correspondència dins i fora del territori de l'estat, i que permeten evitar la impunitat de l'estat que actua fora de les seves fronteres pel que fa a la protecció i garantia dels drets humans. Des d'aquesta perspectiva, no hi ha arguments

¹³⁹ CIJ, opinió consultiva de 9 de juliol de 2004, sobre *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, núm. 131, A/ES-10/273, §109.

¹⁴⁰ *Ibidem*, §111.

¹⁴¹ *Ibidem*, §110.

vàlids per restringir l'aplicabilitat del Pacte, com a instrument per a la protecció dels drets humans, als actes d'autoritat comesos dins de la jurisdicció territorial. L'exercici d'autoritat fora del país constitueix *jurisdicció* extraterritorial, i l'estat és *responsable* per aquests actes quan li són atribuïbles.

Anteriorment, en el cas *Nicaragua* de 1986, la Cort Internacional de Justícia, ja va haver de determinar fins a quin punt actes d'autoritat exercits per un estat fora del seu territori suposen un exercici de *jurisdicció*. En aquell cas, la Cort va aplicar la doctrina que s'ha anomenat del *control efectiu* per establir que l'assistència prestada pels Estats Units d'Amèrica a la *contra* no era suficient per considerar una total dependència, un grau de *control* que permetés assimilar-la a l'estat americà. En aquell cas, però, si bé no es podia dir que els EEUU exercissin jurisdicció extraterritorial, la Cort va establir que *aquesta constatació no esgota la qüestió de la responsabilitat que incumbeix als Estats Units per la seva assistència als contras*¹⁴². En el cas de la construcció del mur, es tracta de territoris ocupats, és a dir que, hi ha un *control efectiu* de tipus *territorial*, però l'argumentació de la Cort va més enllà d'aquesta línia jurisprudencial, ja que accepta la correspondència entre exercici d'*autoritat* fora de l'estat i *jurisdicció* extraterritorial quan l'estat és *responsable*.

En el cas del Conveni Europeu, els òrgans de protecció han aplicat una concepció més restrictiva del concepte de *jurisdicció* per considerar que certes persones que han estat víctimes d'actes extraterritorials d'estats parts poden beneficiar-se de l'aplicació del Conveni, malgrat l'objecte i la fi d'aquest és, igual que en el Pacte, la protecció dels drets humans.

b. Jurisdicció de l'estat als efectes de l'aplicabilitat en l'espai de la Convenció contra la tortura

209. En el cas de la Convenció contra la tortura de 1984, l'article 2§1 estableix que l'àmbit d'aplicació en l'espai atansa qualsevol territori *sotmès a la jurisdicció de l'estat*. D'aquesta disposició es pot desprendre una interpretació equivalent a la que s'ha donat a l'àmbit d'aplicació del Conveni europeu per a la protecció dels drets humans. L'article 4 del Protocol addicional a aquesta Convenció afegeix un criteri interpretatiu complementari que és el del *control* quan s'estableix que els estats parts permetran visites a qualsevol lloc *sota la seva jurisdicció i control on es trobin o puguin trobar-se persones privades de la seva llibertat*¹⁴³.

¹⁴² CIJ, sentència de 27 de juny de 1986, *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, CIJ Rec. 1986, §110-115.

¹⁴³ *Instrumento de Ratificación del Protocolo facultativo a la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, hecho en Nueva York el 18 de diciembre de 2002*, BOE de 22 de juny de 2006, núm. 148, pàg. 23538.

c. Jurisdicció de l'estat als efectes de l'aplicació del Conveni europeu per a la protecció dels drets humans i les llibertats fonamentals

210. En el context europeu, la qüestió de l'abast de la jurisdicció dels estats s'ha plantejat quan ha calgut determinar l'àmbit d'aplicació del Conveni Europeu per a la protecció dels drets humans i les llibertats fonamentals d'acord amb el seu article 1, que diu que els estats parts reconeixen els drets del Títol I a *tothom qui depengui de la seva jurisdicció*¹⁴⁴.

L'article 1 permet establir el lligam necessari entre la víctima de la violació d'un dret reconegut en el Conveni i l'estat a qui és imputable la violació, i, en principi, l'element determinant del vincle és si les autoritats de l'estat exercien un *control efectiu* respecte de les persones que pretenen prevaler-se dels drets del Conveni¹⁴⁵. L'expressió *tothom* indica que no es contempla cap restricció relativa a la nacionalitat, edat, raça, capacitat de les persones o altra circumstància per tal de considerar l'estat obligat a garantir els drets del Conveni; no cal que hi hagi un vincle durador amb l'estat, sinó només que en un supòsit determinat l'estat tenia el poder de protegir els drets de la persona.

Els òrgans de garantia, basant-se en criteris propis i específics al sistema europeu¹⁴⁶, han considerat que són actes d'autoritat de l'estat susceptibles de generar responsabilitat, els actes del personal diplomàtic i consular fora del país (encarregats dels visats)¹⁴⁷ i, en general, l'actuació de les autoritats o agents de l'estat, tant si es desenvolupa dins com fora del territori nacional. Per tant, també genera responsabilitat en virtut del Conveni, l'activitat d'aquestes persones a les fronteres d'aquest territori o en *zona internacional* i, en determinades circumstàncies, la que desenvolupa efectes fora d'aquests espais, a vegades, fins i tot independentment del lloc des d'on s'actua. Allò que és important per tal d'imputar responsabilitats és, segons la jurisprudència del Tribunal europeu, determinar qui exercia el *control efectiu* sobre les víctimes.

¹⁴⁴ *Dependiente de su jurisdicción*, en la versió castellana [Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos, Strasbourg: Council of Europe, 1986]; *relevant de leur juridiction*, en la versió en francès, i *within their jurisdiction*, en la versió en anglès [Yearbook of the European Convention on Human Rights. Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme, vol. 41 A, 1998].

¹⁴⁵ En aquest sentit, Juan Antonio Carrillo Salcedo, "Article 1", Louis-Edmond Pettiti, Emmanuel Decaux, Pierre-Henri Imbert (dirs.), *La Convention européenne des Droits de l'Homme. Commentaire article par article*, Paris: Economica, 1995, pàgs. 135-141. També Gilles Dutertre, Jacob van der Velde, *Key Extracts from a Selection of Judgements of the European Court of Human Rights and Decisions and Reports of the European Commission of Human Rights. Extraits clés d'une sélection des arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme et des décisions et rapports de la Commission européenne des Droits de l'Homme*, YECHR. ACEDH, vol. 41 A, 1998, pàg. 12.

¹⁴⁶ Gérard Cohen-Jonathan, "L'affaire Loizidou devant la Cour européenne des droits de l'homme. Quelques observations", *RGDIP*, núm. 1, 1998, pàg. 125.

¹⁴⁷ Fins i tot trobant-se fora del territori, els nacionals d'un estat part en el Conveni poden ser sota la seva jurisdicció; i l'estat ser responsable en virtut del Conveni. CsseDH, decisió de 25 de setembre de 1965, afer *X c. République Fédérale d'Allemagne*, núm. 1611/62, YECHR. ACEDH, vol. 8, 1965 (1967), pàg. 169.

Per tant, el Conveni s'aplica, per exemple, a un demandant d'asil que presenta una sol·licitud de visat en una ambaixada amb la intenció de fugir al país representat per l'ambaixada, i que té motius per demanar asil o ser reconegut com a refugiat. Altra cosa és, com Nuala Mole ha posat en relleu, que, com que en la majoria de representacions diplomàtiques es contracta personal local en els serveis de visats, a la pràctica, esdevingui perillós dir quin és el motiu veritable de la sol·licitud abans de trobar-se segur fora del país i, per això, sovint sigui més segur intentar la fugida sense els papers necessaris per entrar en el territori de l'estat d'asil¹⁴⁸.

El Conveni també s'aplica als demandants d'asil que són a les fronteres de l'estat i demanen entrar com a refugiats o beneficiaris de protecció, ja que l'estat exerceix sobre ells actes d'autoritat permetent la seva entrada en el territori o allunyant-los d'ell. Com ha expressat Christos Giakoumopoulos, *quan un estranger es presenta a la frontera d'un estat contractant, aquest, admetent-lo en el territori nacional, o refusant-li aquesta admissió, o fins i tot mantenint-lo en "zona internacional", exerceix sobre ell la seva autoritat pública i per això mateix el sotmet a la seva pròpia jurisdicció. Es pot fins i tot dir que la Convenció preveu expressis verbis la seva aplicació en casos com aquests, ja que conté una disposició especial respecte de la detenció d'un estranger "per impedir que penetri" irregularment sobre el territori d'un estat contractant (article 5 par. 1 f)*¹⁴⁹.

c.1. La jurisdicció de l'estat com a control efectiu i global: el cas *Loizidou*

211. El Tribunal europeu per a la protecció dels drets humans ha hagut d'interpretar en diverses ocasions l'abast de l'aplicació del Conveni i, concretament, l'aplicabilitat d'aquest a actes d'autoritat de l'estat exercits o amb conseqüències fora dels espais territorials generalment sotmesos a la seva jurisdicció. L'any 1995, en la sentència sobre les excepcions preliminars presentades en l'afer *Loizidou*, el Tribunal ratifica la idea que la noció de *jurisdicció* de l'article 1 no es refereix exclusivament al territori nacional de l'estat:

(...) si l'article 1 fixa límits a l'àmbit del Conveni, la noció de "jurisdicció" en el sentit d'aquesta disposició no es circumscriu al territori nacional de les Altes Parts contractants. (...) (L)a responsabilitat de les Parts contractants pot entrar en joc degut a actes que emanen dels seus òrgans i que es produeixin dins o fora del seu territori (sentència Droz et Janousek contra França i Espanya de 26 juny de 1992, sèrie A núm. 240, pàgina 29, paràgraf 91).

Tenint en compte l'objecte i el propòsit del Conveni, una Part contractant pot igualment comprometre la seva responsabilitat quan, de resultes d'una acció

¹⁴⁸ Nuala Mole, *Problèmes soulevés par certains aspects de la situation actuelle des réfugiés sous l'angle de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Strasbourg: Éditions du Conseil de l'Europe, 1997, pàg. 38.

¹⁴⁹ Christos Giakoumopoulos, "L'étranger en «zone internationale» et les garanties de la Convention européenne des droits de l'homme", *Frontières du droit. Frontières des droits. L'introuvable statut de la "zone internationale"*, op. cit., pàg. 213.

*militar -legal o no- exerceix a la pràctica el control d'una zona situada fora del seu territori nacional. L'obligació d'assegurar en aquesta regió el respecte dels drets i les llibertats garantits pel Conveni deriva del fet d'aquest control, que exerceix directament, amb l'intermediari de les forces armades de l'estat de què es tracta o a través d'una administració local subordinada*¹⁵⁰.

A la sentència sobre el fons, en el mateix afer, quan el Tribunal europeu examina el problema de la imputabilitat a Turquia de les activitats conduïdes per les seves tropes en el Nord de Xipre, considera que és suficient constatar que sobre el cas que s'examina l'armada turca exercia *a la pràctica un control global* sobre la part corresponent de l'illa i que, en les circumstàncies del cas, aquest control és suficient per comprometre la responsabilitat de l'estat turc¹⁵¹. També es precisa en aquesta sentència que la responsabilitat dels estats pot suscitar-se degut a *actes o omissions* que emanin dels seus òrgans i que *desenvolupin els seus efectes fora del seu territori*¹⁵².

En el cas *Loizidou*, el Tribunal sembla que utilitza, com després també ho faria la Cort Internacional de Justícia i el Comitè de drets humans, els conceptes de jurisdicció i de responsabilitat com a sinònims als efectes de determinar l'aplicabilitat de l'instrument de protecció de drets humans. Les persones que estan sota la jurisdicció d'un estat part en el Conveni tenen dret a que aquest el respecti quan aquest actua dins i fora del seu territori, de la mateixa manera que els estats parts tenen l'obligació de respectar-lo en l'exercici de la seva autoritat.

c.2. La jurisdicció de l'estat en la zona internacional dels aeroports: el cas *Amuur*

212. Entre aquestes dues sentències, el Tribunal també va pronunciar-se sobre l'aplicabilitat del Conveni als demandants d'asil que no havien arribat a travessar els controls fronterers de l'estat, i es trobaven en la *zona internacional* d'un aeroport. En el cas *Amuur*, resolt el mes de març de 1996, el Tribunal va decidir que el manteniment en aquests espais no excloïa l'aplicació del Conveni, perquè no beneficiaven de cap estatut d'extraterritorialitat, malgrat la denominació que se'ls donés. El TEDH va destacar a la seva sentència que encara que els demandants *no es trobaven a França* segons la normativa interna (*Ordonnance* de 2 de novembre de 1945), el Consell constitucional francès no havia qüestionat pas la competència del legislador de reglamentar el manteniment d'estrangers en zona internacional¹⁵³. Finalment, va establir respecte dels demandants d'asil, que (...) *el seu manteniment en la zona internacional de l'aeroport de*

¹⁵⁰ TEDH, sentència de 23 de març de 1995, afer *Loizidou contre Turquie* (excepcions preliminars), núm. 15318/89, §62.

¹⁵¹ TEDH, sentència de 18 de desembre de 1996, afer *Loizidou contre Turquie* (fons), núm. 15318/89, §56, pàgs. 2235-2236.

¹⁵² *Ibidem*, §52, pàg. 2234.

¹⁵³ En examinar la conformitat amb la Constitució d'una norma que es refereix a aquesta qüestió, però posterior als fets que es judiquen. Conseil Constitutionnel (França), decisió de 25 de febrer de 1992, núm. 92-307 DC, *loc. cit.*

*Paris-Orly, feia que estiguessin sotmesos al dret francès*¹⁵⁴. Des del moment que l'estat francès admet la competència per regular el manteniment d'estrangers en aquesta zona, i que, *efectivament* hi va mantenir els demandants, no podia negar que aquestes persones estaven sotmeses a la seva *jurisdicció*¹⁵⁵.

La doctrina del *control efectiu* aplicada pel TEDH ha estat definida i desenvolupada en altres sentències, reduint-se el seu impacte potencialment expansiu. Si bé amb les sentències de l'afer *Loizidou* o fins i tot en la del cas *Amuur* podia semblar que l'aplicabilitat del Conveni atansava *situacions* en què l'estat podia fer efectius els drets reconeguts en el Conveni amb l'exercici d'actes d'autoritat fets fora del seu territori, el Tribunal, en afers posteriors planteja quins són els límits d'aquesta interpretació expansiva de la noció de *jurisdicció* de l'estat als efectes de l'aplicabilitat del Conveni de conformitat amb l'article 1.

La decisió sobre l'admissibilitat de l'afer *Banković*, de 12 de desembre de 2001 i, després, les sentències en el cas *Öcalan contra Turquia*, dictades en cambra el 12 de març de 2003, i en gran cambra, el 12 de maig de 2005, han reprès i perfilat la doctrina del *control efectiu* delimitant el seu abast.

c.3. La jurisdicció de l'estat com a control efectiu de caràcter territorial: el cas *Banković*

213. En el cas *Banković*, la qüestió plantejada exigia determinar si els demandants, víctimes directes i indirectes del bombardeig de la *Radio-Televizije Srbije* (RTS) de Belgrad estaven sota la *jurisdicció* dels estats parts del Conveni europeu que van participar en els atacs, en el sentit de l'article 1. Entre el 24 de març i el 8 de juny de 1999, es van realitzar tot un seguit d'atacs aeris en el territori de l'antiga República Iugoslava en el marc de l'operació *Força Aliada*, decidida pel Consell de l'Atlàntic Nord. El 23 d'abril de 1999, poc després de les dues de la matinada, un míssil llençat des d'un dels avions de les forces de l'OTAN va causar l'esfondrament de dues de les quatre plantes d'un edifici RTS, les instal·lacions de la qual eren compartides per tres cadenes de televisió i quatre emissores de ràdio. El bombardeig va causar setze morts i setze ferits greus. Els demandants eren els pares de tres de les persones mortes, l'esposa d'un altre i un dels ferits¹⁵⁶.

¹⁵⁴ TEDH, sentència de 25 de juny de 1996, afer *Amuur c. France*, núm. 19776/92, §52.

¹⁵⁵ En un altre cas, el TEDH també va considerar que, per considerar aplicable l'article 3 del Conveni, era indiferent si *tècnicament* o d'acord amb la legislació interna la persona havia o no *entrat* en el país, si resultava que *havia estat físicament present* i, en la mesura d'això, *dins de la jurisdicció de l'estat en el sentit de l'article 1*: TEDH, sentència de 2 de maig de 1997, afer *D. v. the United Kingdom*, núm. 30240/96, §48.

¹⁵⁶ TEDH (gran cambra), decisió sobre admissibilitat de 12 de desembre de 2001, presentada per *Vlastimir et Borka Banković, Živana Stojadinović, Mirjana Stoimenovski, Dragana Joksimović et Dragan Suković contre la Belgique, la Hongrie, l'Islande, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas, la Norvège, la Pologne, le Portugal, l'Espagne, la Turquie, et le Royaume-Uni*, núm. 52207/99.

L'argumentació dels demandants es va basar en el raonament fet pel tribunal en les sentències sobre les excepcions preliminars i sobre el fons en l'afer *Loizidou*, i suggereix una adaptació dels criteris del *control efectiu* establerts llavors pel Tribunal. Segons ells, *l'abast de l'obligació positiva que prové de l'article 1 del Conveni de reconèixer els drets consagrats en ell seria proporcional a la magnitud del control efectivament exercit*¹⁵⁷. D'acord amb aquesta argumentació, el bombardeig els hauria situat en l'esfera de la jurisdicció dels estats implicats.

El *control efectiu*, en aquest sentit, no seria tant un *control* manifest i global d'un territori per part d'una autoritat pública, sinó un *control efectiu* d'una situació a partir de l'exercici d'autoritat que un estat fa fora del seu territori. Per als demandants, les autoritats turques al nord de Xipre en el cas *Loizidou* i els estats europeus que participaren en el bombardeig de la RTS estaven en una situació anàloga. Els estats havien de ser considerats responsables de les violacions de drets garantits pel Conveni ja que tenien la possibilitat d'assegurar-ne el respecte en la situació concreta.

Per als governs acusats, l'exercici de jurisdicció per part d'un estat, d'acord amb el sentit ordinari que cal atribuir al terme en dret internacional, significa *l'afirmació o l'exercici d'una autoritat pública jurídica actual o presumpta sobre persones deguda a un cert tipus de vincle amb l'estat en qüestió o que han estat situades sota el seu control*; en aquest sentit, el terme jurisdicció suposaria una forma de *relació estructurada* que existiria durant un cert temps¹⁵⁸. Segons ells, a més, acceptar l'argumentació dels demandants equivaldria a admetre una *teoria nova de tipus causal de la jurisdicció extraterritorial*, amb conseqüències greus en el pla internacional, que vindria a posar en qüestió tota acció col·lectiva internacional amb un component militar, i que no pot emparar-se en una interpretació raonable de l'article 1 del Conveni europeu.

Finalment, el Tribunal europeu parteix, en la seva decisió, del fet que el lligam real entre els demandants i els estats acusats estava constituït per l'acte incriminat que, independentment del lloc on havia estat decidit, havia estat realitzat o havia tingut efectes fora del territori d'aquests, i considera que allò que és en joc és determinar si, *pel fet de l'acte extraterritorial*, els demandants eren susceptibles d'estar sota la jurisdicció dels estats autors.

214. Per tal de resoldre la qüestió, el Tribunal, en primer lloc, reprèn la idea segons la qual l'article 1 reflecteix la *concepció ordinària i essencialment territorial de la jurisdicció dels estats*, i els altres títols de jurisdicció són excepcionals i *necessiten cada vegada una justificació especial, en funció de les circumstàncies del cas*¹⁵⁹.

¹⁵⁷ *Ibidem*, §46.

¹⁵⁸ *Ibidem*, §36.

¹⁵⁹ *Ibidem*, §61.

Tot seguit, el Tribunal pren distàncies amb la seva jurisprudència del cas *Loizidou*, i es situa conscientment davant d'un *hard case* en el qual la determinació de l'abast de la jurisdicció dels estats als efectes de l'aplicabilitat del Conveni afecta tot el sistema europeu de protecció dels drets humans i les llibertats fonamentals:

...(C)ontràriament a la qüestió de la competència dels òrgans de la Convenció per conèixer d'un cas, que era debatuda a l'afer *Loizidou* (excepcions preliminars), l'abast de l'article 1, que es troba en el cor del present litigi, és determinant per a la de les obligacions positives que pesen sobre les parts contractants i, per tant, sobre l'abast i l'extensió de tot el sistema de protecció dels drets humans establert per la Convenció¹⁶⁰.

El Tribunal reafirma el principi que la noció de jurisdicció és essencialment territorial i que, tot i que certament la jurisdicció d'un estat *no es limita al seu territori nacional*, només en *circumstàncies excepcionals* es pot admetre que actes extraterritorials de l'estat constitueixen un *exercici de jurisdicció* per part d'ells en el sentit de l'article 1 del Conveni. La decisió del cas *Banković*, així, recupera una noció essencialment *territorial* del concepte de jurisdicció, i considera que cal que es donin *circumstàncies excepcionals* per entendre que s'estén fora del territori.

D'altra banda, el Tribunal constata que, quan en la seva jurisprudència anterior ha examinat l'eventual violació del Conveni per part d'estats en virtut d'actes d'autoritat extraterritorials o que podien tenir efectes fora del territori, bé aquests actes s'havien exercit respecte de persones que eren dins del territori en casos d'extradició, expulsió o allunyament de persones (*Soering*, *Cruz Varas*, *Vilvarajah*) i, per tant, estaven *manifestament* dins de la seva jurisdicció, bé es tractava de situacions en que l'estat exercia *a la pràctica* el seu control *en una zona* situada fora del seu territori nacional (*Loizidou*, *Xipre contra Turquia*).

215. De la decisió adoptada en el cas *Banković* resulta que, per al Tribunal, si l'autoritat s'exerceix extraterritorialment, només pot considerar-se que hi ha *jurisdicció* de l'estat quan aquest assumeix el conjunt de poders públics o alguns d'ells a través d'un *control efectiu* sobre un territori exterior a les seves fronteres, i sobre els seus habitants, en virtut d'una ocupació militar, o del consentiment, invitació o aquiescència del govern d'aquest territori¹⁶¹. Fora d'aquesta circumstància, només sembla que es pugui admetre que hi ha exercici extraterritorial de jurisdicció per part d'un estat quan així ho ha reconegut el dret internacional convencional o consuetudinari, com en el cas dels actes realitzats a l'estranger per part dels agents diplomàtics o consulars, o a bord d'aeronaus matriculades en l'estat en qüestió o vaixells amb el seu pavelló¹⁶².

La qüestió malgrat tot, no és si l'estat que actua extraterritorialment ho està fent correctament o si ho fa legalment respecte de la jurisdicció de l'estat sobirà territorial,

¹⁶⁰ *Ibidem*, §65.

¹⁶¹ *Ibidem*, §71.

¹⁶² *Ibidem*, §73.

sinó si *quan actua així, està obligat a respectar les seves obligacions derivades de la Convenció*¹⁶³.

Finalment, el Tribunal va considerar que els demandants no estaven sota la jurisdicció dels estats pel fet que en el cas no concorrien *circumstàncies excepcionals* que permetessin concloure que aquests havien exercit extraterritorialment la seva *jurisdicció*. El Tribunal refusa expressament la tesi dels demandants perquè, acceptar-la, equivaldria a *considerar que tothom qui patís els efectes negatius d'un acte imputable a un estat contractant es troba ipso facto, sigui quin sigui el lloc on l'acte hagi estat comès i on hagi tingut conseqüències, dins de la jurisdicció d'aquest estat als efectes de l'article 1 de la Convenció*¹⁶⁴.

216. L'argument dels demandants, utilitzat pel propi Tribunal en l'afer *Xipre contra Turquia*, sobre que el fet de no reconèixer que estaven sota la jurisdicció dels estats acusats seria contrari a la *missió d'ordre públic* reconeguda a la Convenció, i suposaria una *llacuna lamentable* en el sistema de protecció que estableix, també va ser refusat. Segons el Tribunal, no reconèixer que els actes d'autoritat pública turca exercida directament pels agents turcs, o indirectament, a través de les administracions locals, constitueix *jurisdicció* exercida extraterritorialment per Turquia, equivaldria a excloure els habitants de la part nord de Xipre de la protecció del Conveni, per la impossibilitat del govern de Xipre, estat contractant, de satisfer les obligacions que se'n deriven:

(L)a Convenció és un tractat multilateral que opera (...) en un context essencialment regional, més particularment en l'espai jurídic dels estats contractants, del qual, clarament no n'és part Iugoslàvia. No té vocació d'aplicar-se per tot arreu del món, ni tan sols respecte del comportament dels estats contractants¹⁶⁵.

Aquesta part de l'argumentació del Tribunal és especialment problemàtica perquè sembla que s'atorgui una especial importància al fet que Iugoslàvia no era part del Conveni, a diferència de Xipre. El Tribunal insisteix en la idea que, en cas de Xipre, aquest estat contractant estava impossibilitat de satisfer les obligacions que resulten del Conveni, i els seus habitants estaven privats del benefici de les garanties del sistema de protecció que abans tenien assegurat. D'alguna manera sembla evocar-se la idea que el sistema de protecció del Conveni s'aplica en un espai territorial format pel conjunt dels territoris dels estats parts, respecte dels qual aquests exerceixen *jurisdicció*, i que s'adjudica el titular d'aquesta jurisdicció en funció del *control efectiu*.

¹⁶³ Alexandra Rùth, Mirja Trilsch, "International Decisions. European Convention on Human Rights – NATO military operation in Kosovo– notion of 'jurisdiction' under Article 1 –conditions for extraterritorial applicability of the Convention", *AJIL*, vol. 97, 2003, pàg. 171.

¹⁶⁴ TEDH, decisió sobre l'admissibilitat de 12 de desembre de 2001, núm. 52207/99, presentada per *Vlastimir et Borka Banković* (...), *loc. cit.*, §75.

¹⁶⁵ *Ibidem*, §80.

Quan el *control efectiu* és atribuïble a un dels estats parts respecte de zones o persones situades fora del territori d'aquest estat, no hi ha cap raó per diferenciar entre els casos en què aquestes zones o persones, de no existir aquest *control efectiu*, estarien sotmeses a la jurisdicció d'un estat part o no. La qüestió és si estan sota la jurisdicció d'un estat part, dins o fora del territori d'aquest estat, com en el cas *Amuur*, on el que menys importava era si es tractava o no del territori de l'estat francès sinó si les autoritats franceses exercien el control de les persones que es trobaven en *zona internacional*, sigui on sigui que s'exerceixi aquesta jurisdicció.

217. Per tot això, el cas *Bancović* suposa un retrocés en l'aplicació del Conveni respecte de les actuacions de les autoritats dels estats parts que són fetes o tenen conseqüències fora del seu territori. El Tribunal europeu s'aparta de la *vis expansiva* donada a la potencial aplicació dels drets garantits al Conveni a totes les persones que en alguna forma *depenen* de l'acció de les autoritats d'un estat part en el Conveni.

El Tribunal emprà un raonament que, tot i ser impecable des del punt de vista del dret internacional convencional-contractual, resulta decebedor des de la perspectiva del sistema europeu com un sistema supranacional de protecció dels drets i les llibertats fonamentals constitutiu d'un *ordre públic europeu*. L'argument de l'*objecte i el propòsit* de la Convenció emprat en el cas *Loizidou* o de la missió d'*ordre públic* emprat en els casos del nord de Xipre, cedeixen el pas a una concepció de l'abast d'aplicació del Conveni europeu centrada en el control d'una determinada extensió de territori, d'una *zona*, de forma *efectiva*, per tots els mitjans. S'aplica una concepció *territorialitzada* de la jurisdicció extraterritorial, limitada, exclusiva en el supòsit concret, i caracteritzada per l'existència de *circumstàncies especials*.

Després de l'afer *Banković*, sembla que calgui entendre que no tot acte d'autoritat de l'estat constitueix un exercici de la seva *jurisdicció*, al menys, quan aquest acte es realitza o produeix efectes fora del seu territori. L'exercici extraterritorial d'autoritat per part de l'estat només constitueix *jurisdicció de l'estat* si comporta un *control efectiu*, la qual cosa, en primer lloc, difícilment derivarà d'un acte aïllat d'autoritat que té unes conseqüències imprevisibles o, al menys, no intencionades¹⁶⁶. En segon lloc, per que una persona estigui dins de la jurisdicció de l'estat que exerceix la seva autoritat extraterritorialment, cal que aquest exercici d'autoritat estigui bé adreçat a la persona, bé que aquesta no se'n pugui sotreure o que es modifiqui directament la seva esfera jurídica, o bé que es tingui un domini complet i directe de la situació de la persona. Per al Tribunal, en certa manera, sembla que l'exercici d'actes d'autoritat extraterritorial, únicament quan suposen una certa *exclusivitat* en el domini de la situació de les

¹⁶⁶ L'element de la *intencionalitat* va suscitar-se en l'afer *Xhavara contra Itàlia i Grècia*, sobre interceptació d'un vaixell per part d'Itàlia. Finalment, l'afer va ser declarat inadmissible per manca d'esgotament dels recursos interns a Itàlia contra el capità del *Sibilla*. TEDH (4^a secció), decisió sobre l'admissibilitat d'11 de gener de 2001, en l'afer *Viron Xhavara et quinze autres contre l'Italie et l'Albanie*, núm. 39473/98.

persones, comporten que aquestes estiguin sota la *jurisdicció* de l'estat autor, és a dir que estan sota la seva autoritat de manera anàloga a com s'esdevindria en el seu territori.

El Tribunal, finalment, trenca la correspondència entre les nocions de *jurisdicció* de l'estat i de *responsabilitat* que dotava de coherència tot el sistema jurídic de la protecció dels drets humans, i que fonamentava la sentència de 23 de març de 1995 en el cas *Loizidou*. Per aquest motiu, la decisió del cas *Banković* també s'aparta de la jurisprudència que la Cort Internacional de Justícia ha aplicat pel que fa a l'aplicabilitat del Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics en el cas de la construcció d'un mur en territoris palestins ocupats on, com s'ha vist anteriorment, quan l'estat és responsable pels seus actes, també ho és en funció de la garantia dels drets emparats pel Pacte.

La posició defensiva del Tribunal es deu, segons Alexandra R  th i Mirja Trilsch, no només a la dificultat inherent a l'aplicació del Conveni per actes extraterritorials, sinó també al problema d'haver de plantejar fins a quin punt els estats parts són responsables en virtut del Conveni per actes comesos en el marc de l'OTAN¹⁶⁷. Per a Martti Koskenniemi i P  ivi Leino, el Tribunal més aviat va guiar-se per una actitud prudent, que evitava eventual conflicte amb la Cort Internacional de Justícia que tenia per resoldre davant seu un cas pels mateixos fets¹⁶⁸; en aquest cas, la *lògica dels estats* hauria prevalgut davant la *lògica dels drets humans*¹⁶⁹.

c.4. La jurisdic  ci   de l'estat com a control efectiu amb un acte d'autoritat únic, exercit en el territori d'un estat no part en el Conveni, amb aquiescència de l'estat territorial: el cas *  calan*

218. La situació de fet del cas *  calan contra Turquia*   s totalment diferent dels casos anteriors, i ha obligat al Tribunal a fer una diferenciació amb el cas *Bancovi  * que justifiqui, després de l'argumentació utilitzada en aquest darrer, que el Conveni era

¹⁶⁷ Alexandra R  th, Mirja Trilsch, "International Decisions. European Convention on Human Rights – NATO military operation in Kosovo– notion of 'jurisdiction' under Article 1 –conditions for extraterritorial applicability of the Convention", *loc. cit.*, p  g. 172.

¹⁶⁸ El govern de la República Federativa de Iugoslàvia (des del 4 de febrer de 2003, Sèrbia-i-Montenegro) va presentar el 29 d'abril de 1999 demandes contra els estats de l'OTAN que havien participat en els atacs aeris a l'antiga Iugoslàvia, aix  i com demandes de mesures provisionals. El 2 de juny la Cort Internacional de Justícia va refusar les peticions de mesures provisionals, i va declarar inadmissibles les demandes contra Espanya i els Estats Units d'Am  rica. El 15 de desembre de 2004, la Cort, tenint en compte que la República Federativa de Iugoslàvia/ Sèrbia-i-Montenegro no va ser admesa com a membre de l'ONU fins l'1 de novembre de 2000, va considerar que el demandant no era part de l'estatut de la Cort en el moment de presentar la demanda i que per tant, no es podia pronunciar. Cort Internacional de Justícia, sentència de 15 de desembre de 2004, *Affaire relative    la licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Montenegro contre Allemagne*, n  m. 108, *contre Belgique*, n  m. 105, *contre Canada*, n  m. 106, *contre France*, n  m. 107, *contre Italie*, n  m. 109, *contre Pays-Bas*, n  m. 110, *contre Portugal*, n  m. 111, i *contre Royaume-Uni*, n  m. 113) *Exception préliminaires*.

¹⁶⁹ Martti Koskenniemi, P  ivi Leino, "Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties", *Leiden Journal of International Law*, vol. 15, 2002, pàg. 569.

aplicable a l'exercici d'autoritat fet per agents oficials turcs a l'estranger respecte d'Abdullah Öcalan.

Segons es deriva de la descripció dels fets que es fa a la decisió d'admissibilitat, el 9 d'octubre de 1998, Abdullah Öcalan, cap del *Partit dels treballadors del Kurdistan* (PKK) va ser expulsat de Síria, país on residia des de feia anys. El 12 de novembre va arribar a Roma via Moscou, on va demanar asil. L'asil va ser refusat, així com, també, degut a l'existència de la pena de mort en el país, les demandes d'extradició cap a Turquia, que havia emès fins a set ordres de detenció i que havia fet que la *Interpol* també emetés un avis de recerca respecte d'ell. El dia 15 de febrer de 1999, Öcalan va ser detingut a la residència de l'ambaixador grec a Kenya i, posteriorment, va ser conduït a la zona internacional de l'aeroport de Nairobi i transferit a agents de la policia turca, que el van arrestar dins d'un avió matriculat a Turquia. Seguidament, va ser dut a Turquia i empresonat a la presó d'Imrali el 16 de febrer de 1999. Durant el viatge els agents turcs van embenar-li els ulls i, segons el detingut, li van ser administrats tranquil·lizants¹⁷⁰.

En el procediment seguit sobre l'admissibilitat ni tan sols es va plantejar la possible manca de competència del Tribunal *ratione loci*, ni per part de Turquia, ni per part del propi Tribunal. El Tribunal va decidir el 14 de desembre de 2000 que la demanda presentada per Abdullah Öcalan era admissible pel que feia a la majoria dels greuges presentats, principalment basats en els articles 2, 3, 5, 6 i 14 del Conveni europeu. Entre d'altres al·legacions, Öcalan considerava que la privació de llibertat a la que se l'havia sotmès no s'ajustava a la legalitat exigida al paràgraf 1 de l'article 5, ni s'havien realitzat les formalitats pertinents en un procediment d'extradició. La qüestió de si Turquia podia ser jutjada en virtut del Conveni per fets que les seves autoritats havien realitzat fora del territori, es va suscitar per part d'aquest mateix estat en l'examen del fons, després que la decisió adoptada pel Tribunal en l'afer *Banković*, el 12 de desembre de 2001, reduís l'abast del concepte de *jurisdicció* que semblava haver-se consolidat després de l'afer *Loizidou*.

En el cas *Öcalan contra Turquia*, la sentència dictada per la secció primera del Tribunal el 12 de març de 2003, en primer lloc, reprèn la jurisprudència *Banković*, citant-ne literalment diversos paràgrafs. El Tribunal es basa en la idea que, essent la *jurisdicció* principalment *territorial*, l'exercici *extraterritorial* de competència per part d'un estat està limitat pels drets territorials sobirans de l'estat. En el cas *Öcalan*, s'entén, en primer lloc, que Turquia ha exercit *jurisdicció* en el territori d'un estat estranger perquè, des que el demandant va ser remès a les autoritats turques, aquestes van exercir un *control efectiu* sobre ell, ineludible de cap manera, en la mesura que es tractava d'un control *físic* i actual:

¹⁷⁰ TEDH, (1^a secció), decisió sobre l'admissibilitat de 14 de desembre de 2000, en l'afer *Öcalan contre la Turquie*, núm. 46221/99, apartat I.A.

En el cas, la detenció del demandant ha estat efectuada per membres de les forces d'ordre turques dins d'un avió, en la zona internacional de l'aeroport de Nairobi. El demandant, des que va ser remès pels agents kenyans als agents turcs, es va trobar efectivament sota l'autoritat de Turquia i depenia de la seva "jurisdicció" als efectes de l'article 1 de la Convenció, inclús si, en el cas concret, Turquia ha exercit la seva autoritat fora del seu territori. El Tribunal considera que les circumstàncies del present cas es distingeixen de les de l'afer Banković i altres (...), principalment en el fet que el demandant ha estat físicament obligat a tornar a Turquia per funcionaris turcs i ha estat sotmès a les seva autoritat i al seu control des del seu arrest i el seu retorn a Turquia¹⁷¹

En segon lloc, el Tribunal considera que l'arrest i la detenció del demandant han de tenir-se per regulars i conformes a la legalitat vigent, en la mesura que la detenció d'Öcalan per agents turcs a l'aeroport de Nairobi no va ser percebuda per part de les autoritats kenyanes com un atemptat a la seva sobirania, i que aquestes mateixes autoritats van intervenir per separar Öcalan de l'ambaixador grec i dur-lo a l'aeroport immediatament abans de la detenció a bord de l'avió. Les autoritats kenyanes, per tant, van cooperar necessàriament amb les autoritats turques o, com a mínim, cal considerar que aquestes darreres actuaven amb la seva aquiescència.

A petició tant del demandant, Abdullah Öcalan, com de l'acusat, el govern de Turquia, l'afer va ser transferit (d'acord amb l'article 43 del Conveni i 73 del Reglament) a la gran cambra del Tribunal, que va dictar sentència el 12 de maig de 2005. Respecte de la qüestió de l'exercici de jurisdicció extraterritorial per part de Turquia, el Tribunal va constatar que cap de les parts no s'havia oposat a la consideració feta per la cambra en la sentència de 14 de desembre de 2000 sobre que, des de la tramesa d'Abdullah Öcalan per part de les autoritats kenyanes a les autoritats turques, dins d'un avió matriculat a Turquia aturat a la zona internacional de l'aeroport de Nairobi, el demandant *es va trobar efectivament sota l'autoritat de Turquia i estava sotmès així a la "jurisdicció" d'aquest estat*¹⁷². Es tractava doncs, segons l'expressió del Tribunal, d'una qüestió de fet.

219. Fent una interpretació conjunta de la decisió *Banković*, de la sentència *Öcalan*, i de la jurisprudència anterior del Tribunal resulta que l'exercici de jurisdicció extraterritorial de l'estat suposa un *control efectiu* que bé s'exerceix de forma global en una zona o territori estranger, bé es limita a l'exercici d'autoritat sobre una persona o un nombre determinat de persones que és ineludible. El *control efectiu* sobre una determinada situació o respecte de persones determinades és un control que resulta *necessàriament* dels actes d'autoritat de l'estat a l'estranger o amb efectes fora del territori, del qual hom no es pot sostreure i que, en aquest sentit, és anàleg al control efectiu sobre el propi territori. Des d'aquesta perspectiva, en el cas *Banković*, els demandants no estaven sota el *control efectiu* dels estats parts en el Conveni que

¹⁷¹ *Ibidem*, §93.

¹⁷² TEDH (gran cambra), sentència de 12 de maig de 2005, assumpte *Öcalan contre Turquie*, núm. 46221/99, §91.

participaven en els bombardeigs perquè, d'aquests actes d'autoritat a l'estranger o amb efectes fora del territori, no resultava *necessàriament* un *control efectiu* de la seva situació. L'acte o els actes d'autoritat no poden, per al Tribunal, ser les úniques *causes* del fet que determinades persones estiguin sota la jurisdicció d'un estat quan aquests són extraterritorials.

En definitiva, no tots els actes d'autoritat que els estats parts facin fora del territori respecte dels demandants d'asil estan sotmesos a les obligacions derivades d'aquest; només aquells que constitueixin *jurisdicció* en el sentit de control efectiu, bé control global anàleg als control territorial, bé control físic, directe, actual i ineludible.

Aquesta concepció restringida de jurisdicció, ha estat criticada encertadament des de la perspectiva que el sistema de garantia del Conveni europeu és una peça fonamental de l'ordre públic europeu. En aquest sentit, es considera que el tribunal europeu de drets humans s'equivoca en establir l'àmbit d'aplicació del Conveni com hi fa a *Banković* partint de la seva *vocació regional*: *Si l'aplicació extraterritorial està en principi permesa i fins i tot ve donada per la naturalesa del Conveni, no està clar perquè la responsabilitat ha d'estar limitada als territoris dels estats contractants. No es tracta d'aplicar el Conveni al mon sencer, sinó de com i de quina manera s'aplica a la conducta dels estats que en són parts, i de com això està influït per la naturalesa de les obligacions substantives. No és una qüestió de que Europa estigui legislant per al món, sinó d'una anàlisi adequada de la conducta dels estats a la llum de les obligacions que el Conveni els imposa*¹⁷³.

220. L'ALBIR D'UN CANVI INCERT: *ISSA I ALTRES CONTRA TURQUIA*. La congruència dels sistemes internacional i europeu de protecció dels drets humans requereix del Tribunal el retorn a una concepció de l'aplicabilitat del Conveni que faci correspondre la *jurisdicció* de l'estat amb la seva *responsabilitat*, especialment quan hi ha hagut un exercici extraterritorial d'autoritat¹⁷⁴. Aquest pas endavant s'ha fet, tot i que només en part, en el cas *Issa i altres contra Turquia* de 2004, en ell, el TEDH, després de referir-se a la doctrina del control efectiu establerta a *Loizidou* i *Banković*, considera emparant-se en principis de dret internacional que

un estat també pot ser considerat responsable per una violació del Conveni de persones que són en el territori d'un altre estat però que han resultat estar sota l'autoritat i el control dels agents del primer que operaven –legal o il·legalment– en el darrer estat. La responsabilitat en aquestes situacions resulta del fet que l'article 1 del conveni no pot ser interpretat com permetent un estat part perpetrar

¹⁷³ Alexander Orakhelashvili, "Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties in the Recent jurisprudence of the European Court of Human Rights", *EJIL*, vol. 14, núm. 3, 2003, pàg. 551.

¹⁷⁴ Com expressava Jean-Paul Costa, *la cohérence de toutes les décisions rendues dans cette matière n'est pas toujours absolument évidente; il y a probablement là un champ pour une politique jurisprudentielle volontariste*. Jean-Paul Costa, "Qui relève de la juridiction de quel(s) état(s) au sens de l'article 1^{er} de la Convention européenne des droits de l'homme?", *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, vol. I, Bruselas: Bruylant, 2004, pàg. 499.

*violacions del Conveni en el territori d'un altre estat, que no podria perpetrar en el seu*¹⁷⁵.

En la mesura d'això, el TEDH considera que ha de valorar si els demandants estaven *sota l'autoritat i/o el control efectiu, i per tant, a la jurisdicció, de l'estat demandat com a conseqüència dels actes extraterritorials d'aquest*¹⁷⁶.

Finalment, es va declarar la demanda inadmissible perquè, malgrat que es va considerar provat que Turquia va realitzar operacions militars en el nord de l'Iraq a l'època dels fets durant sis setmanes, no havia estat suficientment establert que Turquia hagués exercit un control global efectiu territorial en el moment dels fets, ni que en el cas concret hagués fet les accions militars que se li imputaven. El TEDH va considerar de tota manera que es plantejava *la possibilitat que, com a conseqüència de la seva acció militar, es pugues considerar que l'estat va exercir, temporalment, control efectiu absolut en una porció particular del territori del nord de l'Iraq, i que, per tant, en un moment determinat que les víctimes eren en una àrea específica, es derivaria lògicament que eren sota la jurisdicció de Turquia (i no de l'Iraq, que no és un estat part i que clarament no entra dins de l'espai jurídic dels estats parts)* en el sentit de *Banković*¹⁷⁷.

La posició del TEDH, per tant, si bé no acaba de desmarcar-se de la seva interpretació anterior, sembla haver evolucionat cap a una convergència amb altres jurisdiccions internacionals des del punt de vista teòric. A la pràctica, però, l'estàndard de prova és tant alt que es fa difícil albirar en el moment actual una ampliació important de l'àmbit d'aplicació del Conveni per activitats extraterritorials dels estats parts, ja que per al TEDH continua essent essencial en el concepte de jurisdicció la qüestió del control efectiu sobre una situació territorial¹⁷⁸.

d. Actes atribuïbles a l'estat que posen el demandant d'asil sota la seva autoritat

221. Els estats són responsables pels actes internacionalment il·lícits que els són imputables, és a dir, per les violacions d'obligacions internacionals, sigui quin sigui l'origen o la naturalesa de l'obligació. Tot i que, per les raons que s'han exposat a la

¹⁷⁵ TEDH, sentència de 16 de novembre de 2004, afer *Issa and others v. Turkey*, núm. 31821/96, §71.

¹⁷⁶ *Ibidem*, §72.

¹⁷⁷ *Ibidem*, §74.

¹⁷⁸ Com ho ha demostrat també el cas TEDH, decisió de 14 de març de 2006, afer *Hussein v. Albania, Bulgaria, Croatia, Czech republic, Denmark, Estonia, Hungary, Iceland, Ireland, Italy, Latvia, Lithuania, the Netherlands, Poland, Portugal, Romania, Slovakia, Slovenia, Turkey, Ukraine and the United Kingdom*, núm. 23276/04, en què es considera que el demandant no estava sota la jurisdicció dels estats parts pel sol fet que formaven part d'una coalició amb els EEUU d'Amèrica, perquè les accions impugnades van ser fetes directament per aquest estat, la seguretat de la zona depenia d'ell i el comandament global de la coalició també era decidit als EEUU d'Amèrica.

primera part del treball¹⁷⁹, seria molt difícil fer efectiva aquesta responsabilitat, això no és raó per no establir quan són els estats responsables pel seu comportament respecte dels demandants d'asil. L'atribució d'un comportament il·lícit a l'estat no està vinculada a l'espai territorial on aquest comportament es produeixi.

D'acord amb el projecte d'articles sobre responsabilitat de l'estat per fets internacionalment il·lícits, recollit a la Resolució de l'Assemblea General de les Nacions Unides 56/83 de gener de 2002, un comportament és atribuïble a l'estat quan el realitza un òrgan de l'estat¹⁸⁰, una persona o entitat que exerceix atribucions de poder públic¹⁸¹, i també, quan una persona o grup de persones *exerceix de fet atribucions del poder públic en absència o defecte de les autoritats oficials i en circumstàncies que requereixen l'exercici d'aquestes atribucions*¹⁸².

Per això, són imputables a l'estat aquelles accions que facin o deixin de fer, respecte dels demandants d'asil, els seus òrgans o persones que exerceixin atribucions de poder públic *de dret* o *de fet* dins del territori, en els espais marítims sotmesos a la jurisdicció de l'estat, però també a les fronteres, en les *zones internacionals* dels ports i aeroports, i fins i tot més enllà d'aquests espais, en el territori d'altres espais, per exemple, en camps de refugiats que es situen fora de l'estat d'asil, o en alta mar. Els estats també tenen una *obligació jurídica internacional de veïllar perquè les persones que són sota la seva jurisdicció beneficiïn dels drets fonamentals convinguts internacionalment*; i aquesta obligació pot ser igualment violada per l'acció de l'estat com per *l'aquiescència o la connivència en el comportament d'agents estrangers*¹⁸³.

L'ampliació de l'àmbit d'aplicació dels instruments internacionals de drets humans, però, no és il·limitada. Seria molt agosarat establir de forma definitiva on es situa aquest límit. Malgrat tot, hi ha hagut intents encertats al respecte per part de la doctrina en el sentit que hi ha una distància en aquest àmbit entre les obligacions negatives i les positives que s'imposen als estats en aquests instruments¹⁸⁴. Si bé els estats tenen l'obligació de prevenir les violacions de drets humans en el territori sotmès a la seva jurisdicció, i de respectar els preceptes del dret internacional en aquesta matèria quan exerceixen autoritat proactivament extraterritorialment, aquesta obligació

¹⁷⁹ Vid. *supra* Capítol IV.

¹⁸⁰ Article 4 del projecte d'articles. AG, Resolució de 12 de gener de 2002, 56/83 *Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, A/RES/56/83, 28 de gener de 2002, pàg. 2/14.

¹⁸¹ Article 5, *ibídem*, pàg. 3/14.

¹⁸² Article 9, *ibídem*, pàg. 3/14.

¹⁸³ European Commission for Democracy through law (Venice Commission), *Opinion on the International Legal Obligations of Council of Europe Member States in respect of secret detention facilities and Inter-state transport of prisoners adopted by the Venice Commission at its 66th Plenary Session (Venice, 17-18 March 2006)*, Opinion n° 363/2005, CDL-AD(2006)009, §155.

¹⁸⁴ Gregor Noll, "Seeking Asylum at Embassies: A Right to Entry under International Law?", *IJRL*, vol. 17, núm. 3, 2005, pàgs. 572-573.

esdevé més feble quan, per exemple, és un demandant d'asil qui s'adreça en el seu propi estat a les autoritats d'un altre estat per obtenir un permís d'entrada protegida.

e. La importància cada cop més relativa de la qüestió territorial: incidència del fenomen de les zones internacionals en l'estatut dels demandants d'asil

222. Tenint en compte el valor cada cop més relatiu de les fronteres així com també de la sobirania *territorial*, la qüestió de si el demandant d'asil es troba o no en el territori d'un estat d'asil (si més no provisional en tant que estat diferent de l'estat d'on s'ha fugit), esdevé una qüestió només relativament important. Les fronteres estan perdent bona part de la seva *significació legal i moral*¹⁸⁵ i, no es tracta tant de veure si s'està en un costat o en un altre de la ratlla de l'espai territorial, sinó de determinar quina relació té l'estat amb la persona allà on es trobi.

Per a Henri Labayle, la consideració de l'anomenada *zona de trànsit* com a territori estatal no és determinant per exercir la competència de reglamentació, ja que *o bé es tracta d'una porció del territori de l'estat i la seva competència de reglamentació s'aplica plenament, o bé ja no es tracta del territori de l'estat, i cal contemplar una aplicació extraterritorial d'aquesta competència*. L'exercici de competència fora del territori es justifica d'acord amb una *ficció* jurídica segons la qual la persona estrangera no hauria entrat en el territori, però *dependria tanmateix de l'estat degut a una relació de veïnatge estret o més versemblantment en nom de la defensa dels interessos d'aquest estat*¹⁸⁶.

Aquest mateix autor ha posat en relleu que la *lògica territorialista* de la competència nacional de reglamentació és extremadament forta i domina les qüestions relatives a l'accés regular al territori. No obstant això, aquesta *lògica* queda afectada per la idea d'una *supra-legalitat* que inclou la protecció dels drets humans i que la transcendeix. Llavors, *importa molt menys preocupar-se de saber si l'individu en la zona de trànsit es troba sota competència territorial o no que persuadir-se que això no canvia res: una garantia mínima dels drets s'imposa siguin quins siguin els llocs i la ficció de llurs qualificacions*¹⁸⁷.

Una part de la doctrina ha criticat la utilització per part dels estats de les *zones internacionals* en els ports i aeroports per tal de reforçar les possibilitats de control de la immigració a les fronteres. Per a François Crépeau, per exemple, la ficció jurídica de la *zona internacional* serveix d'*antesala per al refouement*, ja que és la condició pràctica

¹⁸⁵ David Held, "Law of States, Law of Peoples: Three models of Sovereignty", *Legal Theory*, vol. 8, núm. 1, 2002, pàg. 20.

¹⁸⁶ Henri Labayle, "Réglementation et souveraineté des états", *loc. cit.*, pàg. 46.

¹⁸⁷ *Ibidem*, pàg. 60.

sense la qual, tenint en compte els terminis de procediment necessaris, el *refoulement* no podria fer-se¹⁸⁸.

223. Les institucions europees també s'han pronunciat directament o indirecta sobre la utilització de les zones *internacionals* o de trànsit, i han advertit dels riscos que suposen per a un tractament correcte dels demandants d'asil. El Parlament europeu ha insistit en algunes resolucions en la necessitat de garantir un *accès lliure al territori* i un *accès lliure i automàtic als procediments d'admissió* a la condició de refugiat o asilat, i en que la utilització de les anomenades zones *internacionals* no ha de constituir un impediment per a l'accés a aquests procediments¹⁸⁹.

Per la seva banda, l'Assemblea parlamentària del Consell d'Europa ha advertit de la necessitat de vetllar per que el *Conveni europeu de drets humans i els instruments internacionals que garanteixen la protecció dels demandants d'asil siguin respectats en els centres d'acollida i en les zones de trànsit dels aeroports europeus, cosa que implica que les autoritats no es desempalleguin de cap de les seves responsabilitats respecte dels seus compromisos internacionals*¹⁹⁰.

El Comitè europeu per a la prevenció de la tortura i de penes i tractament inhumans o degradants sempre ha mantingut que l'estada en una zona de trànsit o *internacional*, en determinades circumstàncies, pot significar una privació de llibertat en el sentit de l'article 5.1 f) del Conveni europeu per a la protecció dels drets humans, i que, en conseqüència, *aquestes zones cauen dins del mandat del Comitè*¹⁹¹. També el Tribunal europeu de drets

¹⁸⁸ François Crépeau, *Droit d'asile. De l'hospitalité aux contrôles migratoires*, Brussel·les: Editions Bruylant-Éditions de l'Université de Bruxelles, 1995, pàg. 199 (sobre les zones *internacionals*, pàgs. 196-202).

¹⁸⁹ PE, *Resolución sobre la armonización, dentro de las Comunidades Europeas, de la legislación y las políticas en materia de asilo*, adoptada el dimecres 18 de novembre de 1992, §7 i 16, DOCE de 21 de desembre de 1992, N° C 337/99-100. Comisión de Libertades Públicas y de Asuntos Interiores, Cooney (ponent), *Informe sobre id.*, A3-0337/92, PE 201.540/A i B/def., 5 de novembre de 1992. En una altre resolució, de 21 de setembre de 1995, en el mateix sentit, el Parlament europeu avançava un forta crítica a l'actitud dels estats respecte d'aquesta qüestió quan deia, el parlament europeu (*p*)*ide a los Estados miembros que no recurran a la coartada de las "zonas internacionales" en los aeropuertos y teme que la persistencia de estas situaciones amenace con multiplicar el número de refugiados que deambulan sin destino fijo*. PE, *Resolución sobre la comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la política de inmigración y derecho de asilo (COM (94) 0023-C3-0107/94)*, adoptada el dijous 21 de setembre de 1995, §19, DOCE de 16 d'octubre de 1995, N° C 269/161.

¹⁹⁰ Assemblea parlamentària del Consell d'Europa, *Recommandation 1163 (1991) relative à l'arrivée de demandeurs d'asile dans les aéroports européens*, adoptada el 23 de setembre de 1991 (14^a sessió), §11.iii) a), *Recueil de traités et autres textes de droit international concernant les réfugiés et les personnes déplacées*, vol. II, *Traités et textes juridiques à caractère universel*, Ginebra: Division de la protection internationale de l'Office de l'Haut Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés, 1997, LXXVIII, pàg. 479. L'Assemblea parlamentària va reafirmar els plantejaments de la recomanació de 1991, i va ampliar les seves recomanacions al tractament dels demandants d'asil en les zones de trànsit aeroportuari a la *Recommandation 1475 (2000) Arrivée de demandeurs d'asile dans les aéroports européens*, adoptada el 26 de setembre de 2000 (27^{ena} sessió), ACEDH.YECHR, vol. 47, 2000, pàgs. 430-433.

¹⁹¹ CPT, *Report to the German Government on the visit to Frankfurt am Main Airport carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 25 to 27 May 1998*, CPT/Inf (99) 10 [EN] (Part 1)-Publication Date: 27 May

humans, com s'ha assenyalat anteriorment, parteix de que aquests espais estan sota la jurisdicció dels estats i, per tant, és competència seva l'examen de les violacions del Conveni comeses en ells per les autoritats d'aquests, com s'infereix de la sentència de 25 de juny de 1996 en el cas *Amuur c. France*¹⁹².

224. Finalment, el mateix Tribunal constitucional espanyol, a la sentència que desestima el recurs d'inconstitucionalitat contra determinats articles de la *Llei 9/1994 de 19 de maig de modificació de la Llei 5/1984 de 26 de març reguladora del dret d'asil i de la condició de refugiat*, tot i no negant que la zona de trànsit sigui part integrant del territori espanyol (del context s'entén que és així tot i que no s'afirma taxativament), ha resolt basant-se en la idea que el territori no és l'element determinant:

*Allò que és rellevant aquí no és la concreta ubicació territorial de les «dependències adequades» a que es refereix l'art. 5.7.3 LDA [Ley 5/1984, de 26 de marzo], (...). Allò que és determinant és, des de la perspectiva pròpia dels drets fonamentals, l'existència d'una situació legal de sotmetiment dels sol·licitants d'asil a un poder públic espanyol*¹⁹³.

El que compta és que el demandant d'asil està sota l'autoritat de l'estat, *de fet* i, per això, també *de dret*. Portant aquesta afirmació fins i tot una mica més enllà, resulta, que ni cal que s'hagi produït un exercici efectiu d'autoritat per part de l'estat respecte del demandant d'asil. Quan el demandant d'asil es situa en determinats espais i hi ha un estat que es troba en disposició d'exercir respecte d'ell la seva autoritat, l'estat no pot negar o refusar legítimament aquest fet. No hi ha opció. No es poden respectar els drets humans de les persones o no fer-ho, en funció d'una decisió discrecional de projectar l'autoritat sobre uns espais físics i no sobre uns altres.

En general, s'acostuma a dir que els estats són responsables respecte de les persones *sotmeses a la seva jurisdicció*, i, com encertadament apunten Sir Eliu Lauterpacht i Daniel Bethlehem, (s)i una persona està subjecte a la d'un estat no dependrà de si està en el territori de l'estat afectat sinó de si, respecte de la conducta que s'al·lega, estava sota el

1999, §11; i també CPT, *7e rapport général d'activités du CPT couvrant la période du 1er janvier au 31 décembre 1996*, CPT/Inf (97) 10 [FR]-Date de publication: 22 août 1997, §25-29.

¹⁹² Sentència del TEDH de 25 de juny de 1996, afer *Amuur c. France*, núm. 19776/92.

¹⁹³ TC (E), sentència de 27 de febrer de 2002, núm. 53/2002 (registre 2994/1994), *BOE* de 4 de març de 2002, pàg. 12/22. Aquesta afirmació s'oposa a la opinió expressada en el cas per l'Advocat de l'Estat, segons la que l'estranger a qui s'aplica la mesura d'estada en el lloc fronterer *no habría perfeccionado la titularidad del derecho fundamental a la libertad, que sólo tiene lugar si se consume su entrada efectiva en el territorio del Estado*. L'Advocat de l'Estat considera que la situació de l'estranger *derivaría únicamente de sus propios actos, voluntarios e indubitados, de quien se ha puesto en semejante situación a consecuencia de su petición de asilo sin poseer los requisitos legalmente exigidos para entrar en España*. I, finalment, que *a consecuencia de ese acto propio y voluntario, no tiene objeto aplicarle las garantías del control judicial o del plazo máximo de setenta y dos horas, sólo aplicables de efectuarse su entrada legal en España* (pàg. 7/22).

*control efectiu de, o estava afectat per aquells que actuaven per compte de l'estat en qüestió*¹⁹⁴.

La protecció internacional dels drets humans ja ha transcendit la distribució territorial dels espais a través de les fronteres, i ja no és possible escudar-se en el territori per negar el respecte dels drets fonamentals, ni per restar passiu. L'asil no és un dret subjectiu reconegut internacionalment, com ja s'ha afirmat anteriorment, però sí que és, en determinades circumstàncies, l'única forma de gaudir dels drets inherents a la persona, i, en aquest, sentit, la demanda d'asil és un mitjà per beneficiar-se d'una protecció provisional per part de la comunitat internacional.

¹⁹⁴ Elihu Lauterpacht, Daniel Bethlehem, "The scope and content of the principle of *non-refoulement*: Opinion", Erika Feller, Volker Türk, Frances Nicholson (eds.), *Refugee Protection in International law. UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge: Cambridge University Press, 2003, pàg. 110.

CAPÍTOL VII DRETS I GARANTIES DELS DEMANDANTS D'ASIL RESPECTE DE L'ACCÉS A UNA PROTECCIÓ PROVISIONAL D'ACORD AMB EL DRET INTERNACIONAL GENERAL: LA REGLA DEL *NON-REFOULEMENT*

225. La Convenció de Ginebra sobre l'estatut dels refugiats de 1951 no inclou cap referència explícita a l'asil¹, ni tampoc l'obligació dels estats d'atorgar una protecció territorial estable als refugiats. Només l'article 14 de la Declaració Universal dels Drets Humans va proclamar, després de la segona Guerra Mundial, el *dret de cercar asil* per part de tothom². Malgrat això, sí que es preveuen dos mecanismes per garantir el dret de demanar asil que tenen una *incidència territorial* i, per tant, sobre el dret d'asil³. Un és a l'article 31 de la Convenció de Ginebra que preveu que els estats parts

no imposaran sancions penals, per causa de la seva entrada o presència il·legals als refugiats que, arribant directament dels territoris on la seva vida o la seva llibertat estigués amenaçada en el sentit previst a l'article 1, hagin entrat o es trobin en el territori d'aquests estats sense autorització, a condició que es presentin sense demora davant de les autoritats i al·leguin causa justificada de la seva entrada o presència il·legals.

¹ L'únic cop que en parla és al Preàmbul, paràgraf quart, quan es refereix a que *la concesión del derecho de asilo puede resultar excesivamente onerosa para ciertos países*, i a que *la solución satisfactoria de los problemas cuyo alcance y carácter internacionales han sido reconocidos por las Naciones Unidas no puede, por esto mismo, lograrse sin solidaridad internacional*. BOE de 21 d'octubre de 1978, núm. 252, pàg. 24310.

² Les primeres propostes per formular la Convenció sí que van incloure el dret de ser admès en el territori, però al final van fracassar. El text sotmès per la Secretaria de les Nacions Unides al *ad hoc Committee on Statelessness and Related Problems* a la seva primera sessió, de 16 de febrer de 1950 establia:

- 1. In pursuance of Article 14 of the Universal Declaration of Human Rights, the High Contracting Parties shall give favourable consideration to the position of refugees seeking asylum from persecution on account of their race, religion, nationality or political opinions.*
- 2. The High Contracting Parties shall to the fullest possible extent relieve the burden assumed by initial reception countries which have afforded asylum to persons to whom paragraph 1 refers. They do so, inter alia, by agreeing to receive a certain number of refugees in their territory.*

UN Doc. E/AC.32/2, 22; segons Prakash Sinha, *Asylum and International Law*, La Haia: Martinus Nijhoff, 1971, npp 127, pàgs. 141-142. L'Acta Final de la Conferència de Plenipotenciaris que va adoptar la Convenció conté únicament una *Recomanació* per a que el governs *continuïn rebent els refugiats en el seu territori i que actuïn d'acord amb un esperit veritable de cooperació internacional per tal que aquests refugiats puguin cercar asil i la possibilitat de reasentar-se*. Recommendation D UN Doc. A/CONF.2/108, 9; segons Prakash Sinha, *Asylum and International Law*, loc. cit., npp 127, pàg. 142. Sobre aquesta qüestió, també, Daphné Bouteillet-Paquet, *L'Europe et le droit d'asile. La politique d'asile européenne et ses conséquences sur les pays d'Europe centrale*, Paris: L'Harmattan, 2001, pàg. 91.

³ Denis Alland, Catherine Teitgen-Colly, *Traité du droit de l'asile*, Paris: PUF, 2002, pàg. 223.

L'altre mecanisme és el principi de *non-refoulement*.

Les disposicions sobre l'estatut dels refugiats de la Convenció de Ginebra de 1951 pressuposen que el refugiat hagi traspassat ja les fronteres, i s'hagi situat bé en el territori de l'estat d'asil, o bé sota la seva autoritat, és a dir, que estigui en disposició d'activar els drets i garanties derivats de la Convenció⁴.

La qüestió del gaudi de les garanties que es deriven de la regla de *non-refoulement* de l'article 33, així com de les dels articles 31 i 32 de la Convenció té a veure amb la responsabilitat dels estats respecte de les persones estrangeres quan aquestes es situen de fet sota la seva jurisdicció. El Dret internacional actual, com ja s'ha dit anteriorment, no reconeix un dret a l'asil, però, en canvi, sí que fa un èmfasi especial en la no-expulsió i el *non-refoulement* cosa que *conduïx indirectament al reconeixement que l'asil ha d'intervenir d'alguna manera, en algun moment del procés de tractament de les persones protegides*⁵. Com Atle Grahl-Madsen ha destacat, allò que resulta més important és el traspàs de les fronteres, llavors, el refugiat es converteix subjecte del dret de l'estat que es troba a l'altre costat de la frontera travessada, i aquest estat esdevé responsable d'acord amb el dret internacional de l'individu. *Una persona que posa els peus en un territori estranger per tal de fugir de la persecució esdevé d'aquesta manera un refugiat, i se li apliquen els articles 31, 32 i 33 de la Convenció de Ginebra de 1951*⁶.

Des de la perspectiva de la persona, en el Dret relatiu al refugi i l'asil, el demandant d'asil té el dret de *cercar i gaudir d'asil* (art. 14 de la DUDH 1948)⁷ respecte de l'estat de persecució i de l'estat d'asil (A.); i, respecte d'aquest darrer, també un dret d'*asil provisional* gràcies a la regla del *non-refoulement* (C.). Per establir l'abast

⁴ Patrick Twomey, Frances Nicholson, "Introduction", Patrick Twomey, Frances Nicholson (eds.), *Refugee Rights and Realities. Evolving International Concepts and Regimes*, Cambridge: Cambridge University Press, 1999, pàg. 4. Malgrat el refugiat ho és per la seva situació subjectiva i objectiva personal, de fet, la frontera determina la qualitat de refugiat perquè el reconeixement d'aquest estatut està subordinat a la seva transgressió, en un moment en què la noció mateixa de frontera està progressivament sent dissolta per factors externs a l'estat. Sylvie Perraas, "Droit d'asile et nouvel ordre mondial. Crispations sur la frontière: l'envers de la globalisation", *Études Internationales*, vol. XXV, núm. 1, març de 1994, pàg. 97.

⁵ *The fact that current international law places so much emphasis on non-expulsion and non-refoulement issues amounts indirectly to the recognition that asylum will have to somehow intervene at some stage in the process of handling protected persons.* Francisco Orrego Vicuña, "The Status and Rights of Refugees under International Law: New Issues in Light of the Honecker Case", *The University of Miami Inter-American Law Review*, vol. 25, núm. 3, 1994, pàg. 382.

⁶ *A person who sets foot on foreign territory in order to escape persecution becomes thereby a refugee...* Atle Grahl-Madsen, *The Status of refugees in International Law*, vol. II, *Asylum, Entry and Sojourn*, Leiden: A.W. Sijthoff, 1972, pàgs. 223-224. Aquest autor considera que és precisament el fet que els refugiats poden comptar amb la protecció de l'article 33 des del moment que entren en un estat de refugi, sense haver d'esperar el reconeixement formal del seu caràcter de refugiats, allò que posa l'estatut de refugiat a part de l'estatut dels altres estrangers en el territori de l'estat. *Ibidem*, pàg. 225.

⁷ Atle Grahl-Madsen, veu "Asylum. Territorial", *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 8, Amsterdam...: Elsevier Science Publishers, B.V., 1985, pàgs. 42-43.

d'aquest dret d'*asil provisional* cal fer una anàlisi dels principals problemes que presenta l'àmbit d'aplicació d'aquest principi (B.).

A. EL DRET DE CERCAR I GAUDIR D'ASIL

226. La Comunitat internacional no ha reconegut fins ara directament, en un text general de caràcter obligatori, el dret de les persones rebre asil en algun lloc, quan es trobin en determinades circumstàncies⁸. Només la Declaració Universal de Drets Humans va reconèixer l'any 1948 a l'article 14 que, *davant persecució, tothom té dret a cercar asil i beneficiar-ne en altres països*⁹. Aquest dret marca, per a alguns autors, *el final de la primera fase i el començament de la segona fase en la política respecte dels refugiats del segle XX*, perquè reflecteix l'afectació general de la comunitat internacional en la qüestió dels refugiats¹⁰, tot i que el seu significat i contingut han anat variant al llarg del temps¹¹.

Per tal de *cercar* asil, un refugiat ha de poder presentar-se davant les autoritats del país on podria ser protegit i, per definició, ha de poder *sortir* del seu propi país, bé sigui aquest l'estat de la nacionalitat o bé el de la residència habitual¹². El *dret d'emigrar*, o dret de sortir del propi país és reconegut també a la Declaració Universal de Drets Humans, en l'article 13¹³, just abans del *dret de cercar asil*, cosa que avala la idea que el

⁸ *De lege ferenda* sí hi ha hagut propostes en aquest sentit, per exemple, la *Resolució sobre l'asil* adoptada per l'Institut de Dret Internacional a la seva sessió de Bath de 1950, fa referència al seu article 2 als *deures* de l'estat pel que fa a l'asil:

1. *Tout État qui, dans l'accomplissement de ses devoirs d'humanité, accorde asile sur son territoire n'encourt de ce fait aucune responsabilité internationale. (...)*

3. *Lorsque des événements politiques déterminent dans un État un exode de fugitifs, les autres États se consulteront sur les moyens les plus efficaces de prêter aide et assistance aux fugitifs, éventuellement en recourant à un organe international, sur la manière la plus équitable de les répartir entre leurs territoires respectifs, et, en général, sur les mesures à prendre en vue de remplir les devoirs d'humanité.* [Annuaire de l'Institut de Droit International, vol. 43, tom II, 1950, pàgs. 243-244].

⁹ *Déclaration Universelle des Droits de l'Homme*, adoptada per l'Assemblea General de les Nacions Unides a la Resolució 217 A (III) de 10 de desembre de 1948, *Recueil de traités et autres textes de droit international concernant les réfugiés et les personnes déplacées*, vol. I, *Traités et textes juridiques à caractère universel*, Ginebra: Division de la protection internationale de l'Office de l'Haut Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés, 1997, XVII, pàg. 167.

¹⁰ Morten Kjaerum, "Article 14", Asbjørn Eide, Gudmundur Alfredsson, Göran Melander, Lars Adam Rehof, Allan Rosas (eds.), *The Universal Declaration of Human Rights: A Commentary*, Oslo: Scandinavian University Press, 1992, pàg. 217.

¹¹ Sadako Ogata, "Article 14 of the Universal Declaration of Human Rights: The Right to Seek Asylum", Barend van der Heijden, Bahia Tahzib-Lie (eds.), *Reflections on the Universal Declaration of Human Rights*, The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1998, pàgs. 217-221.

¹² Hurst Hannum, *The Right to Leave and Return in International Law and Practice*, Dordrecht/Boston/Lancaster: Martinus Nijhoff Publishers, 1987, pàg. 50.

¹³ Article 13§2 (t) *toute personne a le droit de quitter tout pays, y compris le sien, et de revenir dans son pays*, *Recueil de traités et autres textes de droit international concernant les réfugiés et les personnes*

dret de sortir del propi país és condició necessària del *dret* de cercar asil. També es reconeix el *dret* de sortir del propi país en altres instruments internacionals universals¹⁴ i regionals¹⁵ de protecció de drets humans.

227. El *dret de sortir a cercar i gaudir d'asil* és l'única dimensió del *dret d'asil* que, en principi, s'imposaria a tots els estats, que tindrien l'obligació de *no frustrar l'exercici d'aquest dret* de forma que s'exposés els individus a persecució o altres formes de violació de drets humans¹⁶. En aquest sentit, els estats tenen el deure de no exercir els seus drets de control fronterer o respecte de la circulació de persones, inclosa l'admissió d'individus en el territori, de forma *abusiva*, és a dir, mitjançant polítiques i pràctiques intencionades de contenció per tal d'assegurar-se que els potencials refugiats i demandants d'asil restin en els seus països d'origen.

Malgrat tot, és innegable, que la Declaració no té caràcter jurídic obligatori, ni directament ni indirecta, per la forma i per la intenció amb què es va fer. La Declaració havia de ser el primer pas cap envers el reconeixement jurídic dels drets humans fonamentals a través d'una Carta obligatòria per als estats, però, precisament, el *dret de cercar i gaudir d'asil* de l'article 14, va ser un dels drets omesos en el Pacte de Drets civils i polítics. S'hi reconeix el *dret d'emigrar*, però no el *dret de cercar i gaudir d'asil* ni tampoc el *dret d'immigrar*, o de ser admès en el territori d'un país estranger.

A més a més, l'autoritat *moral* que en tot cas la Declaració podria tenir, es malmet pel fet que algunes de les disposicions més importants *s'expressen en un llenguatge calculat per despistar, i fortament remissent d'instruments internacionals en els quals*

déplacées, vol. I, *op. cit.*, XVII, pàg. 165. No es reconeix en aquest article, però el *dret d'immigrar*, és a dir, el *dret d'entrar en un país que no sigui el de la nacionalitat*. Atle Grahl-Madsen, "Article 13", Asbjørn Eide, ... (eds.), *The Universal Declaration of Human Rights: A Commentary*, *op. cit.*, pàg. 203.

¹⁴ Article 12§2. del Pacte Internacional de Drets civils i polítics, (t)oute personne est libre de quitter n'importe quel pays, y compris le sien, *Recueil de traités et autres textes de droit international concernant les réfugiés et les personnes déplacées*, vol. I, *op. cit.*, XVIII, pàg. 176; article 10§2 de la Convenció dels drets del nen de 1989, (...) les Etats parties respectent le droit qu'ont l'enfant et ses parents de quitter tout pays, y compris le leur, et de revenir dans leur propre pays, *ibidem*, XXXIX, pàg. 363, etc. Una relació més completa i estudi d'aquests instruments es fa a Guy S. Goodwin-Gill, "The Right to Leave, the Right to Return and the Question of a Right to Remain", Vera Gowlland-Debbas (ed.), *The Problem of Refugees in the Light of contemporary International Law Issues*, The Hague: Kluwer Academic Law Publishers, 1996, pàgs. 93-108.

¹⁵ A l'àmbit europeu es reconeix a l'article 2§2 del Protocol 4 al Conveni europeu de Drets humans, (T)oute personne est libre de quitter n'importe quel pays y compris le sien, *Recueil de traités et autres textes de droit international concernant les réfugiés et les personnes déplacées*, *op. cit.*, vol. II, XLII, pàg. 300. Una anàlisi d'aquest i altres instruments a Europa es troba a Marc Bossuyt, "Overview of Council of Europe Standards on the Status of Aliens, Including Refugees and Asylum-Seekers", *Polish Yearbook of International Law*, vol. XXII, 1995-1996, pàgs. 44-47.

¹⁶ Guy S. Goodwin-Gill, "The Right to Leave, the Right to Return and the Question of a Right to Remain", *loc. cit.*, pàgs. 99-100. Aquesta noció limitada d'un *dret de sortir internacionalment* reconegut estaria segons aquest autor recolzada indirectament pel principi de *non-rejection at the frontier*, i per la prohibició de tortura, tractaments o càstigs cruels inhumans o degradants, ampleament reconeguts tots dos com *imposant limitacions específiques* als drets dels estats en relació a l'admissió o allunyament de persones estrangeres.

una forma enginyosa i enganyosa de les paraules serveix el propòsit d'amagar la determinació dels estats de retenir plena llibertat d'acció¹⁷. Una d'aquestes disposicions és, precisament, el dret de cercar i gaudir d'asil de l'article 14. El projecte inicial de la Declaració establia un dret de cercar i rebre asil en altres estats per a persones perseguides, però no es va acceptar ni tan sols aquest dret com a obligació moral dels estats.

La Declaració proclama un dret que afegeix molt poca cosa a la situació de les persones perseguides que fugen del lloc d'origen, un dret de cercar asil sense cap garantia d'obtenir-lo, i que els estats poden atorgar, si volen. La Declaració no va establir, per tant, ni un deure moral dels estats de donar asil, ni va suposar cap limitació de la potestat dels estats de controlar l'entrada en els seus territoris. Per a autors com Sir Hersch Lauterpacht, hauria estat més coherent amb la dignitat de la Declaració si aquestes consideracions haguessin dut a l'eliminació de la qüestió de l'asil de la Declaració¹⁸.

El dret de sortir del territori és un element necessari del dret de cercar asil, però no suficient. Les limitacions de les potestats dels estats a l'hora de determinar l'accés dels demandants d'asil a una protecció provisional es troben en instruments internacionals obligatoris posteriors a la Declaració, que no estableixen, tampoc, directament, ni un dret d'immigrar, ni un dret de trobar asil.

B. EL PRINCIPI DE *NON REFOULEMENT*: ÀMBIT D'APLICACIÓ

228. Els estats parts en la Convenció de Ginebra no tenen directament una obligació de concedir asil als refugiats o a les persones que necessiten protecció fora del seu país. Amb tot, han assumit l'obligació negativa de no refusar les persones que se'ls presentin amb temor de ser perseguits o ser sotmesos a tortura, tractaments inhumans o degradants, envers llocs on podrien patir aquests tractaments, en virtut de la regla de *non-refoulement*, expressada a l'article 33 de la Convenció¹⁹. El compliment d'aquesta obligació suposa que els demandants d'asil accedeixin provisionalment a la seva jurisdicció. Per tant, en virtut del *non-refoulement*, els demandants d'asil tenen dret a que no se'ls impedeixi arbitràriament restar en una situació en la que estiguin provisionalment sota l'autoritat d'un estat d'asil.

La prohibició de refús o *non-refoulement* s'aplica als refugiats i demandants d'asil

¹⁷ Hersch Lauterpacht, "The Universal Declaration of Human Rights", *BYBIL*, vol. XXV, 1948, pàg. 373.

¹⁸ *As it happened, a formula was accepted which is artificial to the point of flippancy. Ibidem*, pàg. 374.

¹⁹ 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 un determinado grupo social o de sus opiniones políticas.

en les diferents situacions en què aquests es troben, i respecte de la conducta de les autoritats de l'estat o de qui actuï per compte seu tant dins del territori, com a la frontera, com allà on sigui que s'exerceixi l'autoritat²⁰. Com Fernando M. Mariño Menéndez ha escrit, el *non refoulement* és una norma *autoexecutiva*, que cal que sigui aplicada *immediatament per les autoritats internes, judicials, administratives o altres*²¹. S'aplica, per tant, als demandants d'asil que han entrat *formalment* en el territori, als que no ho han fet però es troben a les fronteres de l'estat o en *zona internacional* i, també, respecte als que es troben, de *fet*, sota la jurisdicció de l'estat. En moltes d'aquestes situacions els demandants d'asil són especialment vulnerables perquè els estats no reconeixen la seva presència efectiva en el territori, i es consideren *no responsables* en relació a aquestes persones.

Des d'aquesta perspectiva, la qüestió no es planteja tant en termes de si existeix o no un dret subjectiu de les persones demandants d'asil d'entrar en el territori d'un país d'asil, sinó si, com a conseqüència d'una situació *de fet* en que es troben (quan, pel lloc on es troben o pels actes d'autoritat d'un estat, estan sota la seva jurisdicció), tenen drets subjectius que els estats han de respectar.

El *non-refoulement* s'aplica, per tant, abans de l'entrada en un país d'asil, si hi ha un element de connexió amb l'estat obligat, així com també al cas d'allunyaments forçosos de demandants d'asil de qui es considera que l'estada és il·legal perquè s'ha produït una entrada en el país en violació de la normativa interna sobre immigració.

La protecció que proporciona el *non-refoulement* depèn de la interpretació que es faci respecte de l'abast de la seva aplicabilitat. Per això, és oportú determinar quin és el seu àmbit d'aplicació personal (B.1.), material (B.2.) i espacial (B.3.). Pel que fa a aquest darrer, es planteja la seva aplicació en frontera; en la intercepció de persones en el mar; i en el cas de fluxos massius.

1. Àmbit d'aplicació personal del principi de *non-refoulement*

229. PERSONES PROTEGIDES: REFUGIATS I DEMANDANTS D'ASIL. *Ratione personae* la regla del *non-refoulement* de l'article 33 de la Convenció de Ginebra de 1951 s'aplica a les persones definides com a *refugiats* de l'article 1.

²⁰ (...) (T)he principle of non-refoulement will apply to the conduct of State officials or those acting on behalf of the State more generally, wherever this occurs, whether beyond the national territory of the State in question, at border posts or other points of entry, in international zones, at transit points, etc. Elihu Lauterpacht, Daniel Bethlehem, "The scope and content of the principle of non-refoulement: Opinion", Erika Feller, Volker Türk, Frances Nicholson (eds.), *Refugee Protection in International law. UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge: Cambridge University Press, 2003, pàg. 111.

²¹ Fernando Mariño Menéndez, "La singularidad del asilo territorial en el ordenamiento internacional y su desarrollo regional en el derecho europeo", Fernando Mariño Menéndez (ed.), *El Derecho internacional en los albores del siglo XXI. Homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa*, Madrid: Trotta, 2002, pàg. 464.

La qüestió és si cal la prèvia determinació de la persona com a refugiada, és a dir, el reconeixement de l'estatut, per a que la persona pugui gaudir de la protecció d'aquest principi. En definitiva, el punt controvertit és si s'aplica només als anomenats *refugiats estatutaris* i als refugiats que ja han estat reconeguts, o bé, també a les persones que es presenten en el territori, o a la frontera, com a demandants d'asil.

Alguns autors s'han manifestat de manera inequívoca per una interpretació restrictiva, conseqüent amb l'opció d'intentar reduir al màxim les obligacions assumides per l'estat en virtut d'un tractat internacional, i consideren que el reconeixement de la condició de refugiat és el requisit necessari per al benefici del *non-refoulement*²². La major part de la doctrina²³, no obstant, juntament amb l'ACNUR²⁴ i el mateix Comitè de ministres del Consell d'Europa²⁵, es pronuncia per l'opció contrària, i postula que la regla del *non-refoulement* ha de beneficiar també a aquells individus que *prima facie* s'ajusten a la definició de refugiat de la Convenció de Ginebra de 1951, i que estan a l'espera que els sigui reconegut l'estatut jurídic que la seva condició els atorga.

En el context del dret internacional actual, a més, ha d'aplicar-se també a persones que no entren estrictament en la definició d'aquest article, però que es troben en una situació extrema de risc, en la mesura que la regla no pot ser examinada aïlladament, sinó en el seu sentit dinàmic i en relació amb el concepte d'asil i la recerca de solucions

²² *The Convention protects those who meet the definition of a refugee, and recognition under Art. 1 is both the passport to Convention civil, social and economic rights, and the necessary precondition for non-refoulement.* Stefanie Grant, "Refugee protection in Europe", Z. Kedzia et al. (eds.), *Perspectives of an All-European System of Human Rights Protection*, vol. 1, Kehl...: N.P. Engel, 1991, pàgs. 104-105. Schnyder, sense prendre clarament partit, tracta només el *non-refoulement* com a una de les conseqüències de l'atorgament de l'asil, en sentit ampli. Francis Schnyder, "Les aspects juridiques actuels du problème des réfugiés", *R. des C.*, tom 114, 1965-I, pàgs. 382-383.

²³ Christian Tomuschat, "A Right to Asylum in Europe", *HRLJ*, vol. 13, núm. 7-8, 1992, pàg. 258; François Julien-Laferrière, "Le traitement des réfugiés et des demandeurs d'asile au point d'entrée", *RUDH*, 1990, pàg. 56.

²⁴ L'ACNUR es manifesta per aquesta opció, recomanant-la als estats, per exemple, a les Conclusions N° 6 (XXVIII) *Non-refoulement*, de 1977, §c); N° 8 (XXVIII) *Détermination du statut de réfugié*, de 1977, §e) vii); N° 22 (XXXII) *Protection des personnes en quête d'asile en cas d'arrivées massives*, de 1981, §II.A.1-2; i a la *Nota sobre protecció internacional*, presentada per l'Alt Comissionat a l'Assemblea General, Doc.A/AC.96/815, de 31 d'agost de 1993, pàgs. 5-6.

²⁵ El Comitè de Ministres del Consell d'Europa també interpreta aquest principi com a incloent el no refús de les persones a qui encara no s'ha reconegut l'estatut de refugiat: *Le Comité des Ministres (...) Recommande aux gouvernements des Etats membres d'assurer (...) que le principe selon lequel aucune personne ne devrait faire l'objet d'un refus d'admission à la frontière, d'un refoulement, d'une expulsion ou de toute autre mesure qui aurait pour effet de l'obliger à retourner ou à demeurer dans un territoire où elle craint avec raison d'être persécutée du fait de sa race (...), soit appliqué indépendamment du fait que cette personne ait été ou non reconnue comme réfugié selon la Convention relative au statut des réfugiés du 28 juillet 1951 et le Protocole du 31 janvier 1967. Recommandation R (1984) 1 du Comité des Ministres aux Etats membres relative à la protection des personnes remplissant les conditions de la Convention de Genève qui ne sont pas formellement reconnues comme réfugiés*, de 25 de gener de 1984, *Annuaire de la Convention européenne des Droits de l'homme*, vol. 27, 1984, pàg. 49; també a *Recueil de traités et autres textes de droit international concernant les réfugiés et les personnes déplacées*, vol. II, op. cit., LXXII, pàgs. 463-464.

durables²⁶.

El *non-refoulement*, en general, es considera una protecció d'urgència que s'anorrearia si la garantia que comporta només fos efectiva després de la resolució definitiva sobre la condició jurídica com a refugiat de la persona. Com exposa Julien-Laferrère, el terme *refugiat* de l'article 33 de la Convenció de Ginebra de 1951 ha d'aplicar-se també a als demandants d'asil a qui no ha estat encara reconeguda la qualitat de refugiat, per dues raons. En primer lloc perquè la decisió respecte de l'estatut de refugiat té un caràcter *declaratiu* de la qualitat de la persona, de reconeixement, i es retrotrau a la data de l'entrada de l'interessat en el territori o a la de la sortida del país d'origen. I, en segon lloc, perquè refusar l'aplicació del *non-refoulement* a la persona que al·lega riscos importants per a la seva vida o integritat en el d'origen, equivaldria a perjudicar (per la negativa) la decisió que ha de ser adoptada respecte del reconeixement de l'estatut de refugiat²⁷ o de concessió d'asil per altres motius.

2. Àmbit d'aplicació material del principi de *non-refoulement*

a. Contingut de la prohibició

230. El *non-refoulement* comporta una prohibició de refusar, repel·lir o obligar a retrocedir cap a un altre territori una persona que intenta entrar en un país o que ja s'hi troba efectivament. També s'aplica a les remissions sumàries a la frontera d'aquells qui han entrat il·legalment (a França, *reconduite à la frontière*), i a les denegacions sumàries d'admissió al territori fetes en les zones frontereres.

L'*expulsió* i la *deportació*, com el *refoulement*, són mesures unilaterals d'allunyament forçós del territori d'un estat, però, a diferència d'aquest, s'adopten en procediments formals en els que es decideix que una persona en situació d'estada o que residia legalment en el territori d'un estat²⁸ ha de sortir d'aquest, forçosament²⁹, en principi, perquè incorre en una causa de perill per a l'ordre públic o la seguretat pública³⁰. El *refoulement* d'estrangers es configura com l'acte pel qual les autoritats d'un

²⁶ Guy S. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law*, 2ª ed., Oxford: Clarendon Press-Oxford University Press, 1996, pàgs. 121-124.

²⁷ François Julien-Laferrère, "Le traitement des réfugiés et des demandeurs d'asile au point d'entrée", *loc. cit.*, pàg. 56. En aquest sentit també, Louis B. Sohn i Thomas Buergenthal (eds.), *The Movement of Person Across Borders, Studies in Transnational Legal Policy*, núm. 23, Washington, D.C.: The American Society of International Law, 1992, pàg. 125.

²⁸ Jean-Marie Henckaerts, *Mass Expulsion in Modern International Law and Practice*, The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1995, pàg. 6.

²⁹ Guy S. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law*, *op. cit.*, pàg. 117.

³⁰ Rosy Baclet-Hainque, *Réfugiés et asile politique en France depuis la troisième République*, thèse, Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris (Paris II), 1985, pàgs. 429-430 i 456-457; Rudolph d'Haëm, *La reconduite à la frontière des étrangers en situation irrégulière*, Paris: PUF (Que