

MESURA DE POLÍTICA MIGRATÒRIA. A diferència d'Alemanya, Bèlgica, Espanya, França i Itàlia, en el Regne Unit la durada de la detenció dels demandants d'asil no està limitada per la normativa d'immigració i asil. Els demandants d'asil que presenten la seva sol·licitud en frontera poden ser detinguts durant l'examen de la seva petició, tot i que també existeix la possibilitat que siguin admesos temporalment en el territori si el *Immigration Service* considera que tindran accés a un allotjament adequat i estaran localitzables¹⁴¹.

La possibilitat de detenir els demandants d'asil, així com les condicions i circumstàncies en què un agent del *Immigration service* podia adoptar la mesura de privació de llibertat es van disposar per primer cop als paràgrafs 16 a 18 de la *schedule 2* de la *Immigration Act* de 1971. Aquesta normativa ha estat modificada diverses vegades des de llavors. Des del començament, s'establiren amples poders discrecionals per prescriure la detenció de persones estrangeres, sense que s'indiquessin clarament els criteris que permetien fer-ho, i únicament a començaments dels anys noranta, el *Immigration Service* va emetre dues instruccions per a que servissin de guia als agents encarregats de prendre aquestes decisions (de 3 de desembre de 1991 i de 20 de desembre de 1994). En les directrius de 1991 es preveïen com a criteris per tal de decretar la detenció, per exemple, que de la història de la persona resultés que anteriorment ja havia incomplert disposicions sobre immigració o admissió temporal, que descaradament hagués vulnerat la normativa sobre immigració (entrada clandestina, documentació falsificada...), i, també, sobretot per als casos de demandants d'asil, que es constatés una alta *probabilitat* que la persona fos retornada en un període de temps determinat. En les Instruccions de 1994 es deia que la política del govern era autoritzar la detenció només com a últim recurs, quan no hi havia una altra alternativa.

La detenció es concebia, així, en principi, com una mesura residual, per la qual cosa, la detenció dels demandants d'asil que presentaven per primera vegada una sol·licitud resultava una mesura especialment forta.

En les instruccions de 1991 i 1994 no s'encoratjaven les detencions per a llargs períodes de temps, ja que es considerava preferible que la detenció en tot cas tingués lloc en un estadi avançat del procediment, quan els drets d'apel·lació ja haguessin estat exhaurits. També s'indicava que els demandants d'asil en frontera que exposaven des de bon començament la seva petició, i les persones que havent entrat il·legalment en el territori de seguida s'adrecessin a les autoritats per demanar asil, havien de ser ben considerades a l'hora de ser deixades en llibertat¹⁴².

Malgrat això, al llarg dels anys, la detenció ha esdevingut un dels elements essencials

¹⁴¹ ACNUR, *Reception Standards For Asylum Seekers In the European Union*, op. cit., pàg. 172.

¹⁴² La informació i les cites sobre aquestes instruccions s'extreuen de Comissió de Drets Humans-Working Group on Arbitrary Detention, 55^a sessió, Item 11 (a) de l'agenda provisional, *Civil and Political Rights, including questions of: torture and detention. Report of the Working Group on Arbitrary Detention. Addendum Report on the visit of the Working Group to the United Kingdom on the issue of immigrants and asylum seekers*, E/CN.4/1999/63/Add.3, 18 de desembre de 1998, § 10-13, *Refworld* UNHCR-United Nations Information, 8^a ed. juliol 1999.

de la política migratòria britànica, fins al punt que es calcula que actualment les tres quarts parts de detinguts en base a la normativa sobre asil i immigració són demandants d'asil¹⁴³. La importància política que es dona a la detenció es reflecteix, per exemple, en un document del govern del Regne Unit de febrer de 2005 que confirma la voluntat de seguir utilitzant la detenció com a principi bàsic de la política d'asil i que anuncia la creació de nous centres de detenció per a 2007¹⁴⁴.

Actualment, la detenció dels demandants d'asil està prevista a la *Nationality, Immigration and Asylum Act* de 2002, on s'estableix que podran ser detinguts sota l'autoritat del Secretary of State mentre estigui pendent l'examen de la seva demanda d'asil i la concessió del permís d'entrada, i quan hagin de ser allunyats del territori¹⁴⁵. Els demandants d'asil també poden ser detinguts en base a la *Anti-Terrorism, Crime and Security Act* de 2001.

La normativa de 2002 ofereix una base jurídica per a la detenció dels demandants d'asil mentre es tramita la seva petició, abans inexistent, i la manca de la qual va fer que el 7 de setembre de 2001 la *High Court* de Londres considerés il·legal i contrària a l'article 5 del Conveni Europeu de drets humans la privació de llibertat d'uns demandants d'asil kurds en el centre d'Oakington (Cambridge), un dels centres de detenció de demandants d'asil més importants¹⁴⁶. La *High Court* no va considerar il·legals totes les detencions, sinó només aquelles que es feien per *administrative convenience*, sense motivacions relatives a la probabilitat de fugida dels demandants d'asil. Malgrat tot, en el cas concret, la *Court of Appeal* va deixar sense efecte la sentència de la *High Court* el 19 d'octubre de 2001, i la *House of Lords* va confirmar aquesta resolució en apel·lació el 31 d'octubre de 2002¹⁴⁷.

571. La pràctica en la detenció dels demandants d'asil en el Regne Unit ha mostrat, malgrat tot, que el fet que els demandants d'asil siguin detinguts o no ho siguin depèn sovint de factors aliens als criteris suggerits en els anys noranta i, fins i tot, de la situació

¹⁴³ Les places disponibles per a la detenció d'immigrants i demandants d'asil, deixant de banda les *short-term holding facilities* utilitzades per a allunyaments forçosos on les persones s'estan un màxim de set dies, s'han triplicat en els darrers anys, segons Amnistia Internacional. Un dels problemes més importants és la no disposició de dades fiables respecte de quantes de les persones detingudes són demandants d'asil, ni de durant quin període de temps estan detinguts. Amnesty International, *United Kingdom. Seeking Asylum is not a crime. Detention of people who have sought asylum*, AI Index EUR 45/015/2005, 20 de juny de 2005, pàgs. 3-4/94.

¹⁴⁴ Home Office, *Controlling our borders: Making migration work for Britain. Five year strategy for asylum and migration*, febrer de 2005, § 68.

¹⁴⁵ *Nationality, Immigration and Asylum Act 2002*, § 62 i següents.

¹⁴⁶ Lourdes Gómez, "La justicia británica declara ilegal mantener detenidos a los solicitantes de asilo", *El País* de dissabte 8 de setembre de 2001, pàg. 2.

¹⁴⁷ House of Lords (UK), sentència de 31 d'octubre de 2002, *Regina v. Secretary of State for the Home Department ex parte Saadi (FC) and Others (FC) (Appellants)*, [2002] UKHL 41. Els demandants d'asil, Zhenar Maged, Rizgan Mohammed, Dilshad Osman i Shayan Saadi, van presentar una demanda davant el Tribunal europeu de drets humans argumentant la violació de l'article 5 del Conveni europeu.

individual de cada persona. Manca una normativa clara amb caràcter obligatori que disposi els criteris i els moments en què els demandants d'asil han de ser detinguts o en què poden ser-ho. El funcionament del règim jurídic relatiu a la detenció ha estat supeditat a qüestions pràctiques com les relatives a la disponibilitat de llocs per fer efectiva la privació de llibertat, com han exposat el *Working Group on Arbitrary Detention* de la Comissió de drets humans en un informe de desembre de 1998, i Amnistia Internacional en un informe de 2005. La carència de places en els llocs de detenció i l'augment de persones que cerquen entrar en el territori com a demandants d'asil ha provocat que sovint la decisió de detenir o no una persona hagi estat adoptada no tant per la situació individual del sol·licitant, sinó per qüestions pràctiques com l'existència de places disponibles en un moment determinat¹⁴⁸.

Com ha assenyalat Amnistia Internacional, les autoritats britàniques acostumen a utilitzar l'argument de la prevenció de la fugida o el de la facilitació de l'allunyament, fins i tot a l'inici de la tramitació de la demanda, per disposar la detenció dels demandants d'asil, en casos en que, per les circumstàncies de la persona, la detenció resulta manifestament innecessària, o desproporcionada i, per tant, il·legítima d'acord amb els estàndards internacionals¹⁴⁹. Totes aquestes circumstàncies, afegides a que tampoc se sap quan de temps arriben a estar detinguts els demandants d'asil (la majoria de vegades poden estar-ho entre un dia i un any, però en alguns casos n'hi ha que manifesten haver estat detinguts dos anys), que la detenció es decreta indistintament en qualsevol dels estadis del procediment d'asil, que es continuen utilitzant presons per detenir demandants d'asil, i que no hi ha cap control obligatori automàtic jurisdiccional de les mesures de detenció ha dut a Amnistia Internacional a afirmar que la realitat mostra un sistema colgat en el caos¹⁵⁰.

D'altra banda, la manca d'un control judicial efectiu de les mesures de detenció i d'un control judicial automàtic a partir d'un temps preestablert de durada de la privació de llibertat (com es veurà al capítol següent) afavoreix que es produeixin amb certa freqüència situacions de detenció arbitrària, com ho han denunciat diverses organitzacions d'assistència als demandants d'asil. El govern britànic es va manifestar en contra de l'establiment de límits legals del temps de detenció en el *white paper* de juliol de 1998, *Fairer, Faster and Firmer* i, en aquest sentit, el govern manifestava que estava satisfet que no hi hagués un període de detenció màxim legalment establert, ja que

posar una data límit a la detenció per tal de facilitar l'allunyament d'aquells que no

¹⁴⁸ Comissió de Drets Humans-Working Group on Arbitrary Detention, Civil and Political Rights, including questions of: torture and detention, *loc. cit.*, § 14-17; i Amnesty Internacional, *United Kingdom. Seeking Asylum is not a crime. Detention of people who have sought asylum*, *loc. cit.*, pàg. 7.

¹⁴⁹ *Ibidem*, pàgs. 6-7 i 35-44.

¹⁵⁰ *Ibidem*, pàg. 44. Amnistia Internacional ja havia denunciat l'any 1996 les pràctiques relatives a la detenció dels demandants d'asil al Regne Unit, que condueixen a situacions de detenció arbitrària amb un accés molt difícil a garanties judicials adequades; Amnesty Internacional, *Cell Culture. The Detention & Imprisonment of Asylum-seekers in the United Kingdom*, Londres: AI-United Kingdom, 1996 (reimpressió de 1997), pàgs. 17-25.

*estan disposats a partir voluntàriament no és fàcil, degut als retards d'últim minut provocats per més peticions*¹⁵¹.

També es justificava, sorprenentment, la manca de previsió d'un límit a la detenció en que sovint els detinguts són mantinguts per períodes llargs de temps

només perquè decideixen usar totes les possibilitats concebibles de les múltiples apel·lacions per tal de resistir el refús o l'allunyament.

En aquestes circumstàncies, s'establia que s'havia d'imposar un equilibri entre *immediatament deixar en llibertat la persona i córrer el risc d'encoratjar demandes abusives i manipulació*¹⁵².

572. LA DETENCIÓ DELS IMMIGRANTS, SIGUIN O NO DEMANDANTS D'ASIL, COM A MESURA ANTITERRORISTA. En el Regne Unit, com a d'altres països, la lluita contra el terrorisme global ha dut a l'adopció de normes específiques per tal de contrarestar l'amenaça amb instruments pretesament eficaços. Entre aquestes mesures es troba la *Anti-Terrorism, Crime and Security Act* de 2001, amb disposicions (Part 4) que afecten la regulació sobre asil i immigració. Entre aquestes mesures es preveu que les persones estrangeres poden ser detingudes indefinidament, fins i tot quan el seu allunyament està prohibit per normes internacionals o per consideracions pràctiques¹⁵³. També es preveu una clàusula de derogació del Conveni Europeu de drets humans, pel fet que, suposadament, s'està davant d'un perill per a la seguretat de la nació. La previsió sobre la detenció dels estrangers en el marc de la lluita antiterrorista i la derogació dels compromisos internacionals europeus en matèria de drets humans van ser objecte d'una sentència de la House of Lords el 16 de desembre de 2004, arran dels recursos presentats per persones detingudes a qui s'havia aplicat aquestes mesures¹⁵⁴.

En el cas del Regne Unit, la legislació antiterrorista no va sorgir com a resposta al nou repte que plantejaren els atemptats d'11 de setembre de 2001 en tota la comunitat internacional, però sí que es va modificar poc després d'aquests esdeveniments per preveure, entre d'altres mesures, la possibilitat de detenir persones estrangeres sospitoses de ser terroristes o d'estar implicades en afers terroristes.

Abans dels atemptats de 2001 als EEUU d'Amèrica, la *Terrorist Act de 2000* havia adequat l'estratègia política britànica a una situació en què, per una banda, el terrorisme a Irlanda del Nord apareixia com a pràcticament desactivat, però, per l'altra, el terrorisme internacional començava a representar un repte i un risc important per a la seguretat del país, després que forces terroristes vinculades a Al Qaida atemptessin contra les

¹⁵¹ Home Department (UK), *Fairer, Faster and Firmer-A Modern Approach to Immigration and Asylum*, presentat pel *Secretary of State of the Home Department by Command of Her Majesty*, juliol 1998, § 12.11.

¹⁵² *Ibidem*.

¹⁵³ *Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001*, §23.

¹⁵⁴ House of Lords (UK), decisió de 16 de desembre de 2004, *Appellant A and others v. Secretary of State for the Home Department*, [2004] UKHL56, *IJRL*, vol. 17, núm. 1, 2005, pàgs. 117-216.

ambaixades nord-americanes de Kenya i Tanzània l'any 1998, i contra el vaixell militar nord-americà *USS Cole* el 12 d'octubre de 2000, en un port iemenita del mar Roig. En aquesta normativa s'inclouïa una nova definició de terrorisme i un sistema d'alerta ràpida per a la persecució d'organitzacions terroristes. Ja en aquell moment es va discutir la possibilitat d'incloure el poder de detenir indefinidament persones en el marc de la lluita antiterrorista però, finalment, es va optar per no fer-ho tenint en compte que durant la segona Guerra mundial l'aplicació d'aquests tipus de mesures van suposar injustícies flagrants i que tampoc havien resultat ser adequades en la lluita contra el terrorisme nord-irlandès¹⁵⁵.

Després dels atemptats terroristes a Nova York, Washington i Pensilvània l'11 de setembre de 2001 es van adoptar la *Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001* que, entre d'altres mesures, preveia el poder de detenció indefinida de presumptes terroristes estrangers; i la *Human Rights Act (Designated Derogation) Order 2001* que, referint-se a la *Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001* establia la derogació dels compromisos relatius a la protecció dels drets humans del Conveni europeu de Roma de 1950, en base a la suposada existència d'una amenaça a la seguretat nacional del Regne Unit. L'article 15 del Conveni europeu permet aquesta possibilitat de derogació de l'aplicació de determinats drets emparats per ell, entre els quals s'hi troba el dret a la llibertat personal de l'article 5.

La Part 4 de la *Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001* preveia que el Secretary of State podia emetre una *certification* respecte de persones si raonablement creia que la seva presència era un risc per a la seguretat nacional, o si sospitava que eren terroristes¹⁵⁶, i que aquestes persones podrien ser detingudes malgrat que el seu allunyament del Regne Unit no sigui possible per raons jurídiques o pràctiques¹⁵⁷. El paràgraf 23 d'aquesta norma, que permetia una detenció sense limitació temporal d'aquest tipus, comportava la suspensió mentre durés la mesura (fins novembre de 2006) de les garanties de l'article 5 del Conveni europeu de drets humans.

573. ELS LÍMITS A LA UTILITZACIÓ DE LA DETENCIÓ INDEFINIDA COM A MESURA DE POLÍTICA ANTITERRORISTA: LA SENTÈNCIA DE LA *HOUSE OF LORDS* DE 16 DE DESEMBRE DE 2004. La més alta institució amb poder jurisdiccional britànica va tenir ocasió de valorar la normativa de detenció indefinida per a fins de lluita antiterrorista en el cas *Appellant A and others v. Secretary of State*, que afectava a nou persones que havien estat detingudes en virtut d'aquesta normativa. Respecte de vuit d'elles es va emetre una *certification* el 18 de desembre de 2001, i van ser detingudes el dia següent; i respecte de l'altre es va emetre la *certification* el 5 de febrer de 2002, i va ser detinguda el 8 de febrer. La decisió de la *Court of Appeals* que es va recórrer era de 25 d'octubre de 2002. Dos dels detinguts van exercir

¹⁵⁵ D'acord amb les explicacions ofertes per Lord Walker of Gestingthorpe, a la decisió de la *House of Lords* de 16 de desembre de 2004, §199-204.

¹⁵⁶ *Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001*, §21.

¹⁵⁷ *Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001*, §23.

el seu dret de marxar del Regne Unit, un cap al Marroc (el 22 de desembre de 2001), i l'altre cap a França (el 13 de març de 2002). Un altre va ser dut a un centre de salut mental el juliol de 2002, un quart va ser deixat en llibertat sota fiança l'abril de 2004, i respecte d'un cinquè es va revocar la *certification* del Secretary of State i se'l va alliberar amb condicions el setembre de 2002. La resta continuaven detinguts en el moment d'emetre's la decisió de la House of Lords. Tots ells eren estrangers (no britànics), no havien estat acusats de cap falta o delictes, i no hi havia cap procediment penal en curs on se'ls imputessin càrrecs.

Les tres qüestions que es van plantejar entorn de la discussió sobre la legitimitat de les mesures de detenció aplicades, van ser, principalment,

1. si s'havien acomplert les condicions per a l'aplicació de l'article 15 del Conveni europeu per a la protecció dels drets humans, que és el que preveu la possibilitat d'abstenir-se de complir les obligacions derivades de l'article 5; és a dir, en definitiva es tractava de saber si el Regne Unit estava davant d'una situació de *guerra* o d'un altre *perill públic que amenacés la vida de la nació*;
2. si les mesures obeïen a allò que era estrictament necessari tenint en compte la situació, és a dir, si eren proporcionades; i
3. si no es contravenien altres obligacions derivades del dret internacional. Pel que fa aquesta darrera qüestió, el principi que majoritàriament es va sotmetre a discussió va ser el principi de no discriminació, tenint en compte que la detenció indefinida com a mesura de lluita contra el terrorisme estava prevista només per a les persones estrangeres.

D'acord amb la normativa sobre asil i immigració anterior a la *Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001*, en el Regne Unit estava permesa la detenció de les persones estrangeres sempre que un procés d'allunyament estigués en curs. D'altra banda, aquest és l'estàndard establert per la sentència del Tribunal europeu de drets humans *Chahal contra el Regne Unit* que, com s'ha vist anteriorment, estableix que *només* el desenvolupament d'un procediment d'allunyament justifica la privació de llibertat en base a l'article 5. La detenció indefinida de persones en el marc de la política d'immigració, d'acord amb el Conveni europeu, per tant, pot no ser contrària a ell mentre un procediment d'allunyament estigui en curs i les autoritats actuïn diligentment, cosa que permet albirar que en un moment o altre la detenció cessarà.

En el cas de la detenció indefinida com a mesura antiterrorista que només afecta als estrangers, l'article 5 del Conveni europeu és aplicable i, únicament podrà ser considerada legítima d'acord amb ell quan no s'estigui desenvolupant un procediment d'allunyament, si es deroga la seva aplicació d'acord amb les exigències de l'article 15. La derogació o la suspensió britànica de l'aplicació de la garantia relativa al dret de no ser arbitràriament privat de llibertat, per tant, havia d'entendre's referida a l'exigència que existís un procediment en curs d'allunyament. Com apunta Lord Hoffmann, la derogació,

indirectament, també es referia a l'*habeas corpus* com es deriva de la història constitucional britànica¹⁵⁸.

La decisió de la *House of Lords* de 16 de desembre de 2004 va concedir les apel·lacions, amb la opinió favorable de vuit dels nou lords i baronessa. La majoria d'ells van emetre les seves opinions favorables a l'apel·lació basant-se en que les mesures de detenció indefinida previstes no eren proporcionals a la situació de risc, i en que eren discriminatòries i, per això, desproporcionades i contràries a normes internacionals. Dos dels lords que consideraren les mesures discriminatòries i/o desproporcionades, de tota manera, expressament, i en contra del paper implícit o explícit dels altres, van considerar que s'estava davant d'una *emergència pública* de les previstes a l'article 15 del Conveni europeu (Lord Bingham of Cornhill i Lord Rodger of Earlsferry). Aquests lords es van basar principalment en la idea que en aquestes qüestions el poder de controlar la decisió de l'executiu esdevé limitat quan, com en el cas, una part de la informació que podia conduir a la conclusió d'estar davant d'un perill per a la vida de la nació restava confidencial. També van considerar que hi havia raons per pensar que un dels propers objectius del grup d'Al Qaida podia ser el Regne Unit, un dels principals aliats del EEUU d'Amèrica.

Els demandants van argumentar que el Regne Unit no estava davant d'un perill per a la seguretat nacional de tal tipus que estigués justificada l'adopció de mesures que deroguessin l'aplicació del Conveni europeu, ja que, segons ells, l'amenaça no era actual i imminent. En tot cas, si ho era, era una amenaça temporal, i la pràctica d'altres estats tampoc avalava que s'estigués davant d'un risc excepcional. La majoria de lords va considerar que òbviament no s'estava davant de la primera circumstància prevista a l'article 15 del Conveni europeu, una *guerra*, però que tampoc el Regne Unit estava davant d'una altre emergència pública que amenacés la vida de la nació. En aquest sentit, es va expressar un sentiment favorable a la idea manifestada per Lord Hoffman sobre que el Regne Unit

*és una nació que ha estat sotmesa a prova en l'adversitat, que ha sobreviscut a la destrucció física i a pèrdues de vides catastròfiques. No subestimo la capacitat de grups fanàtics de terroristes de matar i destruir, però no amenacen la vida de la nació. Si vam sobreviure quan Hitler ens va fer penjar d'un fil, no hi ha cap dubte que sobreviurem Al-Qaida. El poble espanyol no ha dit que això que ha passat a Madrid, tot i ser un crim horrorós com ha estat, ha amenaçat al vida de la seva nació. El seu orgull llegendari no ho permetria. La violència terrorista, tot i que seriosa, no amenaça les nostres institucions de govern o la nostra existència com a comunitat civil*¹⁵⁹.

La majoria de lords va considerar que la detenció indefinida d'estrangers en el marc de la lluita antiterrorista era una mesura desproporcionada, *no estrictament necessària*, i discriminatòria. La detenció indefinida va ser considerada una mesura *irracional* davant

¹⁵⁸ House of Lords (UK), decisió de 16 de desembre de 2004, *Appellant A and others v. Secretary of State for the Home Department*, loc. cit., §89-90.

¹⁵⁹ *Ibidem*, §96.

del dret a la llibertat i a no ser detingut arbitràriament, contra la qual, a més, els afectats estaven en situació d'indefensió. Els detinguts no podien conèixer totes les dades en base a les quals havien estat considerats sospitosos de terrorisme per preparar l'apel·lació davant de l'òrgan competent (*Special Immigration Appeals Commission* o SIAC)¹⁶⁰; per això, per a Lord Scott of Foscote,

*l'empresonament indefinit com a conseqüència d'una denúncia basada en motius que no han estat revelats i feta per una persona la identitat de la qual no pot ser revelada és utilitatge de malsons, associats de manera precisa o imprecisa amb França abans i després de la Revolució, amb la Rússia soviètica en l'era estalinista i ara, associat, de resultes de l'article 23 de la 2001 Act, amb el Regne Unit*¹⁶¹.

Pel que fa a la qüestió de la discriminació, la majoria dels lords va considerar que, en matèria de lluita antiterrorista, no hi havia raons vàlides per fer diferències entre estrangers i britànics, ja que, quan una persona és un perill per a la seguretat nacional, poc hi té a veure que sigui estranger, com desgraciadament ho han posat de manifest els atemptats de Londres de juliol de 2005. Lord Birgham of Connahill i Lord Hope of Craighead van insistir en aquest aspecte ja que, segons ells, és evident que en el context de la política migratòria és inevitable fer distincions entre les nacionals i els estrangers però, aquestes distincions no es poden traslladar legítimament de forma automàtica al context de la política de seguretat.

L'article 5§1 f del Conveni europeu autoritza la detenció d'estrangers quan està pendent de ser executada una mesura d'allunyament del territori adoptada en contra seu, perquè els nacionals no es trobaran mai en aquesta situació, car tenen dret de restar en el territori del país del qual tenen la nacionalitat. En el context de la política de seguretat, en canvi,

*l'amenaça que plantegen suposats terroristes internacionals no depèn de la seva nacionalitat o estatut migratori*¹⁶².

Una de les justificacions que es van posar sobre la taula per avalar que la detenció indefinida només estigués prevista per als estrangers era que, per a ells, sempre quedava oberta la possibilitat de marxar, que la seva detenció era una garjola de tres costats, mentre que si es preveïés per als nacionals, el detingut no tindria cap escapatòria en una presó de quatre parets. Aquest argument va ser convincentment rebut per Lord Hope of Craighead quan va assenyalar que

Si l'amenaça és tant potent com el Secretary of State suggereix, és absurd limitar les mesures que pretenen contrarestar-lo de forma que no s'apliquin als nacionals britànics per forta que sigui la sospita i per greu que sigui el dany que es tem que puguin causar. Hi ha també la qüestió que els estrangers que suposen la mateixa

¹⁶⁰ *Ibidem*, §87 (Lord Hoffmann).

¹⁶¹ *Ibidem*, §155 (Lord Scott of Foscote).

¹⁶² *Ibidem*, §54 (Lord Birgham of Connahill). En un altre passatge, Lord Birgham of Connahill també denuncia que *the fight against terrorism should not become a pretext under which racial discrimination was allowed to flourish* (§57).

*amenança tenen permís, si poden fer-ho amb seguretat, per marxar del país en qualsevol moment. Aquí hi ha una clara indicació que la detenció indefinida dels que es queden com a mesura per contrarestar la mateixa amenaça és desproporcionada*¹⁶³.

Finalment, un dels arguments emprats a la sentència es refereix a la incompatibilitat de la mesura de detenció indefinida dels estrangers en virtut de la *Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001* i la Convenció de Ginebra sobre l'estatut dels refugiats. Com acuradament i encertadament exposa Lord Hope of Craighead una mesura d'aquest tipus no és compatible amb l'article 33 de la Convenció ja que, precisament, la detenció indefinida per raó de la nacionalitat és un dels *mals* contra els que els refugiats que tenen dret a obtenir protecció en base a aquest article:

*Un refugiat que es troba davant de la perspectiva d'aquest tractament fora del lloc on es troba està protegit, d'acord amb el principi establert al preàmbul de la Convenció sobre que els éssers humans han de gaudir de drets i llibertats fonamentals sense discriminació*¹⁶⁴.

¹⁶³ *Ibidem*, §133 (Lord Hope of Craighead).

¹⁶⁴ *Ibidem*, §105 (Lord Hope of Craighead).

CAPÍTOL XIV LES GARANTIES DE PROCEDIMENT EN EL CONTROL DE LES MESURES DE PRIVACIÓ DE LLIBERTAT DELS DEMANDANTS D'ASIL EN LA UNIÓ EUROPEA

A. ESTÀNDARDS INTERNACIONALS I SISTEMA EUROPEU DE PROTECCIÓ DELS DRETS HUMANS I LLIBERTATS FONAMENTALS

1. Estàndards internacionals relatius a les garanties procedimentals de les mesures de detenció en general

574. DRET DE SER INFORMAT, DRET D'ASSISTÈNCIA JURÍDICA I DRET DE RECURS. En les normes i principis internacionals que regeixen les detencions i privacions de llibertat les dues garanties relatives al procediment més destacades són: l'obligació de ser informat, i la necessitat que les mesures siguin revisades per òrgans administratius o jurisdiccionals.

En primer lloc, les persones sotmeses una mesura de detenció hauran de ser informades en el mateix moment de la detenció (article 9§2 del Pacte Internacional de drets civils i polítics, i *principis* 10 i 11§2 del *Conjunt de Principis per a la protecció de totes les persones sotmeses a qualsevol forma de detenció o presó*¹) o amb promptitud² (article 5§2 del Conveni europeu de protecció de drets humans) de les raons per les quals es disposa la mesura, en un idioma que la persona pugui entendre. Això significa que cal que s'informi al detingut de les *raons específiques* o *exactes* de la detenció; no és suficient al·legar justificacions generals del tipus com que *la persona és una amenaça per a la seguretat nacional*, ja que cal que la persona pugui qüestionar l'oportunitat de la mesura de detenció³.

En segon lloc, qualsevol mesura de detenció haurà de ser revisada, controlada i, si de cas, deixada sense efecte per part d'òrgans administratius o jurisdiccionals. La persona

¹ Assemblea general (ONU), *Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión*, A/RES/43/173, de 9 de desembre de 1988, *Las Naciones Unidas y los derechos humanos 1945-1995*, "Serie de Libros Azules de las Naciones Unidas. Volumen VII", Nova York: Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas, 1995, document 58, pàgs. 352-356.

² *En el plazo más breve posible*, en la versió en castellà, *dans le plus court délai*, en la versió en francès.

³ Amnistia Internacional així ho va assenyalar en el cas de la detenció d'un demandant d'asil natural de l'Índia al Regne Unit (*Ragbir Singh Johal*). Amnesty International, *United Kingdom. Wrongful Detention of Asylum-Seeker Ragbir Singh*, febrer de 1996, AI Índex: EUR 45/01/96, febrer de 1996. En general, pel que fa tant als criteris substantius de la detenció com pel que fa als aspectes procedimentals, Anne Marie Tootell, Jane Hughes & David Petrusek, "The relevance of Key UN Instruments for Detained Asylum Seekers", Jane Hughes, Fabrice Liebaut, *Detention of Asylum Seekers in Europe: Analysis and Perspectives*, The Hague: Martinus Nijhoff Publishers-Kluwer Law International, 1998, pàgs. 183-198.

detinguda haurà de poder presentar recurs davant dels tribunals per que aquests decideixin sobre la legalitat de la detenció i ordenin la seva posada en llibertat si la detenció és il·legal. En el control de la detenció, la persona haurà de poder ser escoltada i gaudir de l'assistència d'un advocat. Els principis 4 i 11§1 del *Conjunt de Principis per a la protecció de totes les persones sotmeses a qualsevol forma de detenció o presó* estableixen sobre això, respectivament, que

Tota forma de detenció o presó i totes les mesures que afecten els drets humans de les persones sotmeses a qualsevol forma de detenció o presó hauran de ser ordenades per un jutge o una altra autoritat, o quedar subjectes a la fiscalització efectiva d'un jutge o una altra autoritat; i que

Ningú no podrà ser mantingut en detenció sense tenir la possibilitat real de ser escoltat promptament per un jutge o una altra autoritat. La persona detinguda tindrà el dret de defensar-se per ella mateixa o ser assistida per un advocat, segons ho prescrigui la llei.

Completant aquest darrer, el principi 32 estableix que

La persona detinguda o el seu advocat tindran dret d'interposar en qualsevol moment una acció, d'acord amb el dret intern, davant d'un jutge o una altra autoritat a fi d'impugnar la legalitat de la seva detenció i, si aquesta no fos legal, obtenir el seu immediat alliberament. El procediment haurà de ser senzill i ràpid i no comportarà cap cost per al detingut si manqués de mitjans suficients, i l'autoritat que hagi procedit a la detenció durà sense dilació injustificada al detingut davant de l'autoritat encarregada de l'examen del cas.

El dret d'assistència d'un advocat s'estableix al principi 17, del qual les autoritats n'informaran als detinguts, que també els facilitaran els mitjans adequats per exercir-lo. Si la persona no té advocat, en tot cas tindrà dret a que el jutge o una altra autoritat li designi un advocat en tots els casos en què l'interès de la justícia així ho requereixi i sense cost per a ell si manca de mitjans suficients per pagar-lo (principi 17§2). Les persones detingudes hauran de poder comunicar-se i entrevistar-se efectivament amb el seu advocat sense censura i en règim d'absoluta confidencialitat (principi 18).

El dret d'impugnar una mesura de detenció també es preveu al Pacte de drets civils i polítics (article 9§4), segons el qual,

Tota persona que sigui privada de llibertat en virtut de detenció o presó tindrà dret de recórrer davant d'un tribunal, a fi que aquest decideixi amb la brevetat possible sobre la legalitat de la presó i ordeni la seva llibertat si la presó fos il·legal.

Respecte de com s'ha d'interpretar aquesta disposició i de l'abast i els efectes que haurà de tenir la revisió jurisdiccional, la Comissió de drets humans en l'afer *A. v. Austràlia* va emetre una opinió segons la qual, la revisió per part d'un tribunal de la legitimitat de la detenció (en el cas es tractava de demandants d'asil) ha d'incloure la possibilitat d'ordenar l'alliberament, i

no està limitada a la mera conformitat de la detenció amb el dret intern. Mentre els sistemes jurídics interns poden establir diferents mètodes per tal d'assegurar una revisió jurisdiccional de la detenció administrativa, allò que és decisiu per a la finalitat de l'article 9, paràgraf 4, és que aquesta revisió sigui, pel que fa als seus efectes, real i no merament formal. En estipular que el tribunal ha de tenir el poder

d'ordenar l'alliberament "si la detenció no és legítima", l'article 9, paràgraf 4, requereix que el tribunal estigui investit del poder d'ordenar l'alliberament, si la detenció és incompatible amb els requisits de l'article 9, paràgraf 1, o d'altres disposicions del Pacte⁴.

2. Directrius i estàndards de protecció de l'ACNUR respecte del control de les detencions de demandants d'asil

575. En les *guidelines* o *Directrius sobre els criteris i estàndards aplicables respecte de la detenció de demandants d'asil* i en les *pràctiques recomanades*, l'ACNUR estableix un nivell de protecció superior que els del Pacte Internacional i el *Conjunt de Principis* de 1988. La revisió automàtica de la detenció per un òrgan independent, seguida de revisions regulars periòdiques sobre la necessitat del manteniment de la mesura es confirma com una de les *garanties procedimentals mínimes* del control de la detenció de demandants d'asil⁵. Així, d'acord amb l'ACNUR els demandants d'asil detinguts haurien de tenir garantit, en primer lloc, que la decisió de la detenció estarà sotmesa a una

revisió automàtica davant d'un òrgan judicial o administratiu independent de les autoritats que fan la detenció. Aquesta hauria d'estar seguida de revisions regulars periòdiques sobre la necessitat de la continuació de la detenció, a les que el demandant d'asil o el seu representant haurien de tenir dret d'assistir;

i que podran,

personalment o a través de representant, recusar la necessitat de la privació de llibertat en l'audiència de la revisió, i refutar les decisions emeses. Aquest dret hauria d'estendre's a tots els aspectes del cas i no simplement a la discreció executiva per detenir⁶.

L'ACNUR considera que l'exigència que la detenció estigui sotmesa a un examen administratiu o judicial és una *garantia essencial* contra la detenció arbitrària, i ha constatat que en la majoria de països existeixen mecanismes per tal de revisar les mesures

⁴ CtèDH, consideracions de 30 d'abril de 1997, afer *A v. Australia*, Comunicació N° 560/1993, U.N. Doc. CCPR/C/59/D/560/1993 (1997), §9.5. En aquest afer, el fet que la detenció obligatòria dels demandants d'asil es fes en un règim d'aïllament gairebé absolut, i que els tribunals no tinguessin jurisdicció efectiva per alliberar-los en el procediment de control de la detenció, va conduir la Comissió a determinar que s'havia produït *detenció arbitrària* en violació de l'article 9 § 1 i 4 del Pacte.

⁵ El Comitè executiu de l'ACNUR va fer una primera aproximació a les garanties procedimentals a la Conclusió N° 44 (XXXVII) *Détention des réfugiés et des personnes en quête d'asile*, recomanant que les mesures de detenció adoptades respecte de refugiats i demandants d'asil fossin objecte de recursos judicials i administratius (§ e). En aquest text, no obstant, mancava una referència explícita al temps en què calia una revisió de la mesura, i a la necessitat que el control es fes per part d'un òrgan independent. En general sobre la posició de l'ACNUR en relació a la detenció de refugiats i demandants d'asil, Karin Landgren, "Comments on the UNHCR Position on Detention of Refugees and Asylum Seekers", Jane Hughes, Fabrice Liebaut, (eds.), *Detention of Asylum Seekers in Europe: Analysis and Perspectives*, The Hague: Kluwer Law International, 1998, pàgs. 141-160.

⁶ ACNUR, *UNHCR Revised Guidelines on applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers*, Ginebra, febrer de 1999, (5 iii i 5 iv).

de detenció. Això no obstant, les possibilitats reals que els demandants d'asil puguin posar efectivament en qüestió la legitimitat de la detenció varien força, d'uns estats a uns altres, sobretot en funció de la forma com s'ha d'endegar el procés de revisió. En alguns casos es preveu que siguin els mateixos detinguts els qui sol·licitin ser posats en llibertat condicional o sota fiança, cosa que sovint fa difícil que es produeixi una revisió adequada de la detenció, pel mateix desconeixement dels afectats de l'ordenament del país d'acollida i per la manca d'assessorament jurídic. Per aquest motiu, i per tal de vetllar perquè els drets dels demandants d'asil siguin respectats caldria que sempre es posés en funcionament un examen *ràpid, obligatori i periòdic de totes les ordres de detenció* davant d'un òrgan *independent i imparcial*⁷.

El *European Council on Refugees* (ECRE) ha insistit en aquest mateix sentit sobre que el control judicial de les decisions inicials de detenció ha de ser automàtic i *prompte*, i que la revisió periòdica de la mesura ha de determinar si la detenció encara és útil i proporcionada, tenint en compte les raons per les quals va ser decretada. En tots els casos, el control i les revisions jurisdiccionals haurien de considerar *no només la legalitat de la decisió de detenir sinó també els fonaments substantius de la detenció*, i haurien de ser les autoritats les que haurien de provar la necessitat irresistible (*compelling need*) de perllongar la detenció. Les revisions periòdiques haurien de tenir lloc, a més, independentment de si el demandant d'asil ha exercit o no el seu dret d'apel·lació. Per tal de fer efectiu i útil el dret de ser present en les audiències de revisió de la detenció, caldria també preveure serveis d'interpretació en cas de necessitat⁸.

El *Grup de treball sobre detenció arbitrària* de la Comissió de drets humans ha considerat, d'altra banda que, per tal de determinar si una detenció té caràcter arbitrari cal tenir en compte les garanties relatives al control de la legitimitat de les custòdies administratives. En aquest sentit, ha de preveure's que la persona afectada serà duta *automàticament i prompte davant d'un jutge o un òrgan que proporcioni garanties equivalents d'independència i imparcialitat* o, *alternativament*, que té la possibilitat de recórrer a un jutge o a un òrgan del tipus indicat⁹.

⁷ ExCOM, Comitè Permanent (15^a reunió), *Detention des demandeurs d'asile et des réfugiés: le cadre, le problème et la pratique recommandée*, EC/49/SC/CRP.13, 4 de juny de 1999, paràgraf 16, *Refworld-UNHCR Information*, 8^a ed. juliol 1999.

⁸ European Council on Refugees and Exiles (ECRE), *"Safe Third Countries": Myths and Realities*, Londres, febrer de 1995, § 21. En el paràgraf següent, s'indica que si les revisions periòdiques de la detenció no estan previstes enterament, al menys cal que es garanteixi el dret d'apel·lar la decisió.

⁹ Comissió de Drets Humans-Working Group on Arbitrary Detention, 55^a sessió, *Item 11 (a)* de l'agenda provisional, *Civil and Political Rights, including questions of: torture and detention. Report of the Working Group on Arbitrary Detention. Addendum Report on the visit of the Working Group to the United Kingdom on the issue of immigrants and asylum seekers*, E/CN.4/1999/63/Add.3, 18 de desembre de 1998, § 69 *guarantee 3*, *Refworld UNHCR-United Nations Information*, 8^a ed. juliol 1999.

3. Les garanties procedimentals que proporciona el sistema europeu de drets humans per al cas de detencions de demandants d'asil

576. LA QUALITAT DEL CONTROL DE LA DETENCIÓ. En el sistema europeu de protecció dels drets humans, les *garanties substantives* utilitzades com a paràmetre de legalitat material i de regularitat de la detenció s'apliquen conjuntament amb *garanties procedimentals* expressament previstes a l'article 5. El paràgraf 4 d'aquest article estableix un *dret de presentar recurs* davant d'un òrgan judicial per a que aquest es pronunciï sobre la legalitat de la privació de llibertat en un termini breu, i que ordeni la posada en llibertat de la persona detinguda si la detenció és il·legal:

Qualsevol persona privada de la seva llibertat per arrest o detenció tindrà dret de recórrer davant d'òrgan judicial, a fi que aquest decideixi sense tardança sobre la legalitat de la seva detenció i s'ordini la seva llibertat si la detenció fos il·legal

A banda de la definició d'*òrgan judicial* o *tribunal*, que el Tribunal europeu ha interpretat en el sentit d'òrgan independent i imparcial que decideix en dret, es considera que aquesta garantia jurisdiccional imposa algunes garanties de procediment. Tot i que aquestes *no han de ser necessàriament idèntiques en cada cas* i que cal tenir en compte la *naturalesa particular de les circumstàncies en què es desenvolupa*¹⁰, el Tribunal europeu ha indicat que l'article 5§4 exigeix *d'una manera o altra el benefici d'un procediment contradictori*¹¹. En la sentència de l'afer *Sánchez-Reisse*, per exemple, el Tribunal va concloure que aquesta exigència no es complia perquè el demandant no havia tingut la possibilitat de replicar per escrit o compareixent personalment davant d'un tribunal. En una opinió concordant dels jutges Ganshoff Van Der Meersch i Walsh, de tota manera, es va defensar que un procediment exclusivament per escrit no és suficient per complir les exigències de l'article 5, ja que aquest article *s'inspira de la institució de l'habeas corpus, la base de la qual consisteix en presentar-se en carn i ossos davant del tribunal*¹².

L'element essencial d'aquesta disposició és la garantia que la persona sotmesa a una mesura de privació de llibertat tingui la possibilitat efectiva d'accedir a un òrgan independent que controli la legalitat d'una mesura restrictiva del dret fonamental a la llibertat, fruit de l'exercici de poder de persones que no garanteixen independència o imparcialitat¹³. Més enllà dels aspectes relatius a quines garanties procedimentals exigeix un control correcte o adequat d'aquest tipus, la qüestió de l'accés a un tribunal (òrgan amb

¹⁰ TEDH, sentència de 18 de juny de 1971, *de Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique* ("Vagabondage"), núms. 2832/66, 2835/66, 2899/66, §78.

¹¹ TEDH, sentència de 21 d'octubre de 1986, *Sánchez Reisse c. Suisse*, núm. 9862/82, § 51.

¹² *Ibidem*, *Opinió concordante commune a MM. Les juges Ganshoff Van Der Meersch et Wals*, § 4.

¹³ En general, sobre la garantia del paràgraf 4 de l'article 5 del CEDH, i considerant que es tracta d'un dret *relatiu* perquè depèn estretament de la qualitat de l'òrgan que dicta la mesura privativa de llibertat, així com del desenvolupament i de la durada de la detenció, Renée Koering-Joulin, "Article 5 § 4", 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. 229-233.

caràcter jurisdiccional, independent del poder executiu i de les parts), constitueix allò que és essencial de la garantia del paràgraf 4 de l'article 5. El TEDH considera aquesta disposició una *lex specialis* en relació a les exigències *més generals* de l'article 13¹⁴.

577. L'absència d'accés a un tribunal imparcial que pogués efectivament fer-se càrrec del control del manteniment d'una mesura de privació de llibertat va ser el motiu pel qual el Tribunal europeu va considerar en l'afer *Chahal contra el Regne Unit* que s'havia vulnerat el paràgraf 4 de l'article 5 del Conveni Europeu. En aquest afer, el fet que el govern invoqués arguments relatius a la seguretat nacional per justificar la detenció va impedir qualsevol control jurisdiccional efectiu sobre la qüestió de la legalitat i la justificació del manteniment en detenció. Si bé l'afer va ser sotmès a un *comitè consultiu* com s'ha vist en el capítol XII amb motiu de l'estudi de les garanties en els procediments de l'article 13, el fet que *Chahal* no tingués el dret de fer-s'hi representar, que únicament va poder disposar d'un resum dels motius fonamentadors de la decisió d'expulsió, que el comitè no tingués cap poder de decisió, i que el seu dictamen, tramés al ministre de l'interior, no fos obligatori ni hagués estat fet públic, comportaven que aquest comitè no podia ser considerat un *tribunal* en el sentit de l'article 5¹⁵.

En el cas *Chahal*, el Tribunal va considerar que el dret comparat oferia possibilitats de fer compatibles la garantia d'un recurs davant d'un òrgan imparcial de mesures de detenció amb la protecció de la seguretat nacional, i el mateix va establir en el cas *Al-Nashif contra Bulgària*, de juny de 2002. En aquest darrer cas el tribunal va considerar que era contrari a l'objecte de l'article 5§4 del Conveni Europeu, protegir les persones contra l'arbitrarietat, que el demandant no hagués pogut disposar d'un recurs judicial contra la seva detenció prèvia a l'allunyament. La legislació nacional búlgara no preveia que es pogués interposar aquest tipus de recurs quan l'ordre d'allunyament havia estat dictada per motius de seguretat nacional (la decisió sobre la invocació de la seguretat nacional era, d'altra banda, discrecional del ministre de l'interior)¹⁶.

Pel que fa a la qualitat de l'òrgan de control de la detenció, el Tribunal Europeu aplica l'anomenada *teoria del control incorporat*, ja que considera que quan la decisió de privació de llibertat ha estat decidida per un tribunal en el marc d'un procediment judicial *el control es troba incorporat a la detenció privativa de llibertat*¹⁷.

¹⁴ TEDH, sentència de 15 de novembre de 1996, afer *Chahal v. United Kingdom*, núm. 22414/93, § 126; TEDH, sentència de 22 de maig de 1984, afer *De Jong, Baljet et Van den Brink c. Pays Bas*, núms. 8805/79, 8806/79, 9242/81, § 60.

¹⁵ TEDH, sentència de 15 de novembre de 1996, afer *Chahal v. United Kingdom*, núm. 22414/93, § 130.

¹⁶ TEDH, sentència de 20 de juny de 2002, afer *Al-Nashif v. Bulgaria*, núm. 50963/99, §93-98.

¹⁷ Catherine Teitgen-Colly, "L'éloignement des étrangers et les article 5 et 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme", Hughes Fulchiron, (dir.), *Les étrangers et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Paris: Librairie du Droit et de Jurisprudence, 1999, pàg. 292. Aquesta interpretació és la que es va fer, per exemple, a la sentència de 18 de juny de 1971, de *Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique*, núms. 2832/66, 2835/66, 2899/66, § 76.

Finalment, per tal de complir amb els requisits de l'article 5 del Conveni no és suficient que el dret intern prevegi mecanismes per impugnar la legitimitat de la detenció, sinó que cal que el procediment previst sigui també *efectiu*. Això comporta que s'assegurin garanties procedimentals com l'assistència lingüística gratuïta, el dret d'accedir a l'expedient de la detenció i el dret d'assistència jurídica, i que aquestes siguin *efectivament implementades*¹⁸.

578. EL CONTROL DE LA DETENCIÓ DELS DEMANDANTS D'ASIL AMB EL DESENVOLUPAMENT DE LA JURISPRUDÈNCIA *AMUUR*: PERIODICITAT I PROMPTITUD DEL CONTROL. La sentència del TEDH 25 de juny de 1996 en el cas *Amuur*, on els detinguts eren demandants d'asil, va confirmar que el control judicial de la legalitat de la detenció, de la seva continuació, i de les condicions d'estada dels estrangers en situació de privació de llibertat, és un requisit essencial per tal de considerar una detenció legítima i no arbitrària¹⁹. A més, en aquesta sentència el Tribunal va establir un vincle entre la necessitat d'un control a temps de la detenció per part del jutge i la necessitat d'assegurar l'accés efectiu dels demandants d'asil als procediments per a la determinació de la condició de refugiat. Així, després de remarcar la necessitat d'un control prompte de la detenció per part d'un jutge, va afirmar que un manteniment tal en situació de privació de llibertat *no ha de privar el demandant d'asil del dret d'accedir efectivament al procediment de determinació de l'estatut de refugiat*²⁰.

En altres sentències relatives al respecte de l'article 5 del Conveni europeu, el Tribunal ha establert que una privació de llibertat ha de ser legítima i estar justificada mentre duri l'aplicació de la mesura, és a dir, durant tot el temps en que la detenció sigui efectiva. Els motius del paràgraf 1 de l'article 5 que justifiquen una mesura d'aquest tipus poden deixar d'existir, i la detenció esdevenir per això arbitrària a partir de quan succeeixin esdeveniments nous, o deixar d'estar justificada tenint en compte les circumstàncies de l'afer. Per aquest motiu, el Tribunal europeu ha establerts que és necessari en aplicació del paràgraf 4, que s'efectuï un control judicial *ulterior* de la detenció²¹ o bé que existeixi la

¹⁸ Christos Giakoumopoulos, "Detention of Asylum Seekers in the light of Article 5 of the European Convention on Human Rights", Jane Hughes, Fabrice Liebaut, (eds.), *Detention of Asylum Seekers in Europe: Analysis and Perspectives*, The Hague: Kluwer Law International, 1998, pàg. 177. Per a una anàlisi general de les garanties que ofereix l'article 5 del Conveni europeu, Pieter Boeles, *Fair Immigration Proceedings in Europe*, The Hague: Martinus Nijhoff Publishers-Kluwer Law International, 1997, pàgs. 226-235; i Gilles Dutertre & Jakob van der Velde, (compiladors), *Key Extracts from a Selection of Judgements of the European Court of Human Rights and Decision and Reports of the European Commission of Human Rights*, YECHR.ACEDH, vol. 41 A, 1998, pàgs. 32-56.

¹⁹ TEDH, sentència de 25 de juny de 1996, *Amuur c. France*, núm. 19776/92, § 53.

²⁰ En el paràgraf 43 (3) de la sentència de 25 de juny de 1996, afer *Amuur c. France*, el TEDH diu que *Si la décision de maintien incombe par la force des choses aux autorités administratives ou policières, la prolongation de celui-ci nécessite le contrôle non tardif du juge, gardien traditionnel des libertés individuelles. Avant tout et surtout, un tel maintien ne doit pas priver le demandeur d'asile du droit d'accéder effectivement à la procédure de détermination du statut de réfugié.*

²¹ Quan, per exemple, la detenció d'una persona ha tingut lloc després que intervingués en l'afer un tribunal autoritzant-la, això no exclou la possibilitat de *tout contrôle ultérieur de légalité pour peu qu'un tribunal ait pris la décision initiale*. TEDH, sentència de 5 de novembre de 1981, afer *X c. Royaume Uni*,

possibilitat de fer aquests controls a *intervals raonables*²².

Respecte de què significa en el paràgraf 4 de l'article 5 que un òrgan judicial es pronunciï sense tardança (*speedy* en la versió anglesa, *à bref délai* en la versió francesa), el Tribunal europeu s'ha referit tant a l'aspecte del termini a partir del qual el detingut ha de poder tenir accés al jutge per al control de la legalitat de la mesura de privació de llibertat, com a l'aspecte del termini en el que el jutge ha de pronunciar-se des de que s'incoa el procediment. En el cas *De Jong, Baljet et Van den Brink*, la possibilitat que els detinguts recorreguessin la mesura de privació de llibertat estava condicionada a la seva prèvia remissió davant de la jurisdicció. A la sentència de 22 de maig de 1984 sobre aquest afer, el Tribunal europeu va constatar que les probabilitats reals d'arribar a decisions *sense tardança* depenien en el cas de la rapidesa de la remissió d'acord amb les circumstàncies concretes i que, el fet que els interessats haguessin passat respectivament set, onze i sis dies empresonats fins que no van poder exercir un recurs, comportava l'absència d'accés a un tribunal durant un període de temps prou llarg com per haver *privat els demandants del seu dret d'iniciar un procediment per tal de controlar "sense tardança" la legalitat de la seva detenció*²³.

Pel que fa al terminis per adoptar les decisions jurisdiccionals, a la sentència *Letellier contra França* de 26 de juny de 1991, el Tribunal va tenir en compte que el procediment judicial en aplicació del paràgraf 4 de l'article 5 pot ser relativament llarg, en funció dels recursos de què pot ser objecte la decisió que s'adopti²⁴.

B. EL CONTROL DE LA DETENCIÓ DELS DEMANDANTS D'ASIL EN ELS ESTATS EUROPEUS²⁵

579. LA DEFICIENT HARMONITZACIÓ COMUNITÀRIA EUROPEA SOBRE LA QÜESTIÓ DE LA DETENCIÓ DELS DEMANDANTS D'ASIL. En el marc normatiu comunitari europeu, ni la Directiva 2003/9/CE *sobre normes mínimes per a l'acollida dels sol·licitants d'asil en els estats membres*, ni la Directiva 2005/85/CE *sobre normes mínimes per als procediments que han d'aplicar els estats membres per concedir o retirar la condició de refugiat* preveuen cap obligació relativa a que es prevegi en els estats un control judicial del tipus que sigui de les mesures

núm. 7215/75, § 52. L'exigència del *dret a un recurs judicial* també es satisfà quan la prolongació d'una situació de detenció es fa mitjançant autorització judicial, per exemple, en el cas del manteniment d'estrangers en *zona internacional* dels aeroports.

²² TEDH, sentència de 24 d'octubre de 1979, afer *Winterwerp c. Pays-Bas*, núm. 6301/73, § 55; TEDH, sentència de 24 de juny de 1982, afer *Droogenbroeck c. Belgique*, núm. 7906/77, § 48.

²³ TEDH, sentència de 22 de maig de 1984, afer *De Jong, Baljet et Van den Brink c. Pays Bas*, núm. 8805/79, 8806/79, 9242/81, § 58.

²⁴ TEDH, sentència de 26 de juny de 1991, afer *Letellier c. France*, núm. 12369/86, § 56.

²⁵ *Vid. Infra* quadre *Detenció*, al final del Capítol.

de detenció o confinament dels demandants d'asil.

La Comissió ha proposat que es prevegi aquest control en el cas de la detenció prèvia a l'allunyament en una Proposta de directiva *relativa a procediments i normes comunes en els estats membres per al retorn dels nacionals de tercers països que es troben il·legalment en el seu territori*²⁶. D'acord amb la proposta, les ordres d'internament haurien de ser dictades en principi per autoritats judicials i, si es dicten per autoritats administratives en casos urgents, haurien de ser confirmades per les autoritats judicials en un termini màxim de 72 hores des de l'inici de l'internament. D'altra banda, s'estableix que les ordres d'internament haurien de ser objecte de control per part d'autoritats judicial, com a mínim, un cop al mes²⁷. Les perspectives actuals d'harmonització europea, per tant, només basten la detenció dels demandants d'asil prèvia al seu allunyament i no mentre s'estableix l'admissibilitat de les seves sol·licituds o els dret de ser admesos en el país.

Les possibilitats de controlar la legalitat i legitimitat de les detencions varien considerablement en els diferents sistemes jurídics interns dels estats europeus. Mentre en alguns estats es preveu un control automàtic de la detenció per part d'un òrgan imparcial, amb revisions periòdiques de la legitimitat i de la necessitat de la prolongació de la detenció, en d'altres únicament es contempla la possibilitat que sigui la persona detinguda o algú a instància seva qui recorri la mesura de detenció davant dels tribunals.

580. L'*HABEAS CORPUS* COM A MECANISME DE CONTROL DE LES PRIVACIONS DE LLIBERTAT DE PERSONES QUE ESTAN SOTA L'AUTORITAT GOVERNATIVA, INDEPENDENTMENT DE LA QUALIFICACIÓ DE L'ESPAI TERRITORIAL ON TENEN LLOC: EL CAS DE GUANTÁNAMO. D'entre les accions a instància de part que poden permetre un control judicial de la detenció, bé de la seva legalitat, bé de la seva oportunitat o de les dues, l'*habeas corpus* es preveu a estats com el Regne Unit o Espanya, tot i que no a tot arreu té les mateixes oportunitats de constituir una mesura eficaç. L'*habeas corpus* és una mesura molt simple en ella mateixa que parteix de l'existència real d'una mesura de detenció i de la garantia que, si ho demana, el detingut podrà ser dut personalment davant d'un jutge. La garantia consisteix precisament en aquest accés a un jutge que, si de cas, pugui posar fi a la privació de llibertat.

És interessant fer notar, malgrat que la doctrina judicial que s'hi refereix no s'ha dictat en un estat europeu sinó en els Estats Units d'Amèrica, que en el cas relatiu a la detenció d'estrangers a la base militar de Guantánamo, la Cort Suprema Nord-americana va establir en una sentència de juny de 2004 que l'aplicabilitat de l'*habeas corpus* no depenia de qüestions jurídiques respecte de la definició estatal de l'espai respecte del qual s'exercia jurisdicció, sinó de qüestions de fet relatives a si la persona detinguda estava sota

²⁶ *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a procedimientos y normas comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países que se encuentran ilegalmente en su territorio*, COM (2005) 391 final, 2005/0167 (COD), Brussel·les, 1 de setembre de 2005, Capítol IV de la proposta.

²⁷ *Ibidem*, article 14§2-3.

custòdia o sota el control de les autoritats²⁸. Aquesta interpretació de l'*habeas corpus* com a mesura que escapa a possibles variacions en la delimitació de l'espai en el que es desenvolupen determinades competències, com per exemple, les relatives a immigració i asil, és absolutament traslladable a Europa, per a aquells casos en que els estats mantenen en situació de detenció a persones demandants d'asil en espais com les zones internacionals.

a. El Regne Unit

581. LA LLIBERTAT SOTA FIANÇA ACTUAL, I ELS *ROUTINE BAIL HEARINGS* VIGENT FINS L'ANY 2002, COM A INSTRUMENTS DE CONTROL PERIÒDIC DE LES MESURES DE DETENCIÓ. En el Regne Unit, les úniques possibilitats que tenen els demandants d'asil detinguts per tal de fer que la mesura de detenció a la que estan sotmesos sigui revisada per part d'un òrgan jurisdiccional que, en tot cas, pugui posar fi a la privació de llibertat són: la demanda de llibertat sota fiança (*application for bail*), el recurs judicial contra la decisió administrativa de detenció, i l'*habeas corpus*. Malgrat tot, Amnistia Internacional ha denunciat que cap dels dos darrers procediments no permeten que el jutge faci una anàlisi completa dels arguments dels demandants d'asil detinguts, en relació a la seva detenció o a la continuació de la situació de privació de llibertat, cosa que fa que rarament siguin emprats²⁹.

Al Regne Unit, com s'ha vist en el capítol anterior, no hi ha un límit temporal a partir del qual calgui deixar en llibertat la persona detinguda, o per a que es requereixi una confirmació judicial del manteniment en situació de privació de llibertat. No s'exigeix que un jutge autoritzi la detenció ni a l'inici de l'aplicació de la mesura ni en cap altre moment, ni hi ha un control judicial automàtic de la legalitat de la detenció o de la continuació de la mesura en algun moment del procediment.

A la *Immigration and Asylum Act 1999* es van introduir salvaguardes judicials addicionals, ja que es preveia un sistema de control segons el qual les autoritats estaven obligades a trametre al jutge l'expedient de la mesura de la detenció en dos moments determinats des de que era efectiva: els anomenats *routine bail hearings*. D'acord amb la *Immigration and Asylum Act 1999*, les persones detingudes per motius relatius a la normativa sobre immigració, excepte si un tribunal havia recomanat la seva deportació, havien de tenir dret a una vista per a la seva posada en llibertat sota fiança en el termini de nou dies des de l'inici de la seva detenció. En aquest sentit, el *Secretary of State* havia

²⁸ (T)he reach of the writ depended not on the formal notions of territorial sovereignty, but rather on the practical question of "the exact extent and nature of the jurisdiction or dominion exercised in fact by the Crown" (referint-se a precedents anglosaxons). Supreme Court (USA), sentència de 28 de juny de 2004, n° 03-334 i 03-343, *Shafiq Rasul et al., Petitioners, v. George Bush, President of the United States and Fawzi Khalid Abdullah Fahad al Odah, et al., Petitioners, v. United States et al., on Writs of Certiorari to the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit*, HRLJ, vol. 25, n° 1-4, §IV pàg. 115.

²⁹ Amnistia Internacional, *United Kingdom. Seeking Asylum is not a crime. Detention of people who have sought asylum*, AI Index EUR 45/015/2005, 20 de juny de 2005, pàg. 55-57/94.

d'assegurar la remissió a un tribunal del cas, no més tard del vuitè dia següent al de la detenció de la persona. Si la detenció continuava vigent, es preveia que una vista ulterior havia de tenir lloc entre trenta-tres i trenta-set dies després de la detenció inicial, per a la qual cosa calia que el tribunal fos invocat oportunament per les autoritats. Els *routine bail hearings* es limitaven a determinar si la persona era apte per tal de ser alliberada sota fiança, cosa que no comportava un control de la legalitat de la detenció. D'altra banda, la *Immigration and Asylum Act 1999* establia una presumpció a favor de l'alliberament sota fiança, ja que el tribunal havia d'accedir a la posada en llibertat excepte, només, si concorrien determinades circumstàncies. D'entre aquestes, destacaven, per exemple, que hi hagués raons suficients per creure que la persona bé no compliria les condicions de la llibertat sota fiança, bé havia comès una falta mentre es trobava en llibertat punible amb presó, bé probablement seria un perill per a la salut pública, o bé podia ser un perill per a l'ordre públic i els interessos de la seguretat nacional³⁰. Aquest sistema, que preveia un control judicial automàtic de la detenció, va ser derogat per la *Nationality, Immigration and Asylum Act* de 2002³¹.

El sistema de petició de llibertat sota fiança actual exigeix la iniciativa del demandant d'asil per provar d'obtenir la posada en llibertat. L'autoritat que pot concedir llibertat sota fiança, d'altra banda, tampoc té competència per establir la legalitat de la detenció. D'acord amb la *Nationality, Immigration and Asylum Act* de 2002, es pot presentar una demanda de posada en llibertat sota fiança després d'expirar el termini de vuit dies des de l'inici de la detenció. En aquests casos el *Secretary of State* pot exercir el poder de posar en llibertat sota fiança la persona³². En el procediment, les decisions són motivades i per escrit, i contra elles es pot presentar recurs davant del *Immigration Appeals Tribunal* i, en darrera instància, davant de la *High Court* o de la *Court of Appeal*. L'eficàcia d'aquest sistema ha estat posada en dubte degut que no és un procediment fàcilment accessible ni transparent, ni tampoc és fàcil accedir a una assistència jurídica, ni a les garanties que sovint es demanen per a la presentació de la demanda³³.

582. L'INSTITUT DE L'*HABEAS CORPUS* AL REGNE UNIT. Les persones detingudes en qualsevol circumstància també poden recórrer al procediment d'*habeas corpus* en el Regne Unit, pel qual poden demanar el seu alliberament urgent al·legant la il·legalitat de la detenció. La jurisdicció competent és normalment la *Divisional Court* de la *Queen's Bench Division*, que examina la regularitat de la detenció, tot i que l'abast del control depèn de l'afer i, si n'hi ha, de la norma en virtut de la qual s'ha disposat la detenció³⁴.

³⁰ Les disposicions sobre els *routine bail hearings* es troben a la Part III *Bail*, especialment *section 44* i *46* de la *Immigration and Asylum Act 1999 Chapter c.33*.

³¹ *N, I & A Act 2002*, § 68.6.

³² *N, I & A Act 2002*, § 68.2.

³³ Amnistia Internacional, *United Kingdom. Seeking Asylum is not a crime. Detention of people who have sought asylum*, loc. cit., pàg. 58.

³⁴ *Access to Justice Act 1999 Chapter c.22*, § 65.

L'*habeas corpus* és una figura de llarga tradició en el dret anglès, d'origens medievals, que s'ha anat desenvolupant al llarg del temps i que ara podria ser un mecanisme eficaç en el cas de les detencions de demandants d'asil. Primer va ser una prerrogativa reial i, actualment, és un dret que pot ser invocat per qualsevol persona sotmesa a una mesura de privació de llibertat amb l'objecte de posar-hi fi³⁵. El *writ of Habeas Corpus* és un dels *writs* (fonamentalment manaments judicials) del dret processal anglès que actua com a garantia del dret a la llibertat de les persones. És un *prerogative writ*, i com a tal, una atribució judicial d'aplicació preferent, i un remei processal *extraordinari de naturalesa cautelar o protectora*³⁶.

En principi, el control mitjançant l'instrument d'*habeas corpus* no podria abastar la revisió de qüestions de fet, sinó només els de la legalitat i la legitimitat de la detenció³⁷, però la jurisprudència ha utilitzat el *jurisdictional fact principle* per tal de justificar l'admissió de proves i determinar qüestions de fet (*factual issues*)³⁸. En aquest sentit, per exemple, en un afer relatiu a la detenció d'una persona que havia aconseguit entrar en el país fraudulentament i que en un primer moment va ser admesa en el Regne Unit però que després va ser arrestada com a immigrant il·legal, la House of Lords va decidir que el poder de detenir *només hauria pogut ser vàlidament exercit si el presoner era de fet un*

³⁵ Pel que fa als orígens i evolució de la institució, Robert J. Sharpe, *The Law of Habeas Corpus*, 2ª ed., Oxford: Oxford University Press, 1989, pàgs. 1-20. També estudia la història de la institució, així com els precedents a Espanya (*dret de manifestació de persones* del Regne d'Aragó) i les seves diferències amb l'*habeas corpus* anglès, Ramón Soriano, *El derecho de habeas corpus*, Madrid: Publicaciones del Congreso de los Diputados-Secretaría General (serie IV: Monografías núm. 6), 1986, pàgs. 33-73.

³⁶ Ramón Soriano, *El derecho de habeas corpus*, op. cit., pàgs. 74-75. L'*habeas corpus* és de *naturalesa cautelar o protectora* i no sancionadora perquè la seva finalitat no és imposar una pena, sinó garantir el dret de la persona de no patir detencions il·legals. Aquesta característica, per exemple, diferencia l'*habeas corpus* del *dret de manifestació de persones* que també era un procés plenari de condemna en segona instància, *ibidem*, pàg. 75.

³⁷ En aquest sentit, per exemple, en l'afer *Ismail* es tractava de determinar el sentit de l'expressió persona *acusada*, per tal d'establir si un individu podia ser arrestat als efectes d'un procediment d'extradició [House of Lords (UK), 29 de juliol de 1998, *In Re Ismail (Application for Writ of Habeas Corpus)(On Appeal From a Divisional Court of the Queen's Bench Division)*]; en els afers *Ellis* i *Gilligan* la House of Lords va haver de resoldre la qüestió de si en algun moment mentre durava una mesura de detenció es va produir *abús de procediment* per part de les autoritats, si s'establia que aquestes havien prolongat la durada d'una primera detenció per fer-la durar fins el començament d'una altre ordre lligada amb un procediment d'extradició [House of Lords (UK), 5 d'octubre de 1999, *In Re Ellis (Application for Writ of Habeas Corpus) In Re Gilligan (Application for Writ of Habeas Corpus)(On Appeal From a Divisional Court of the Queen's Bench Division)(Conjoined Appeals)*]; i en les primeres opinions dels Lords en l'afer *Ex parte Pinochet* calia enfrontar-se, entre altres qüestions, a la de determinar si *Pinochet* podia restar privat de llibertat com a persona extraditable a un tercer país per estar perseguida per un determinat tipus de crims, i no gaudia personalment d'*immunity* com a antic cap d'estat *from arrest and extradition proceedings* al Regne Unit, respecte d'actes comesos mentre fou cap d'estat en el seu país [House of Lords (UK), 25 de novembre de 1998, *Regina v. Bartle and the Commissioner of the Police for the Metropolis and others EX Parte Pinochet (on appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division) Regina v. Evans and another and the Commissioner of the Police for the Metropolis and others EX Parte Pinochet (on appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division)*].

³⁸ Robert J. Sharpe, *The Law of Habeas Corpus*, op. cit., pàgs. 72-73.

immigrant il·legal, per la qual cosa calia revisar els fets per tal de determinar si el *precedent fact* havia estat establert correctament³⁹.

Tenint en compte el funcionament efectiu de l'*habeas corpus* al Regne Unit, Robert J. Sharpe destaca com a elements de caràcter general, per exemple, que quan està en joc la llibertat personal el detingut aquest gaudeix del benefici del dubte ja que, la càrrega de provar la legalitat de la detenció es situa del costat de qui ha fet la detenció (no així pel que fa als fets que, en tot cas, poden ser discutits pel demandant detingut)⁴⁰, i que, tot i que resulta difícil efectuar un control respecte de poders discrecionals, la jurisprudència mostra una tendència a limitar aquests poders i ampliar l'abast de la revisió de la detenció mitjançant *habeas corpus*⁴¹.

Quan el cas es refereix a un supòsit en què s'ha refusat l'entrada en el territori a una persona estrangera o ha estat emesa una ordre d'allunyament, en principi, la fi de la detenció efectiva o la posada en llibertat s'haurà de cercar a través de procediments contra el refús d'entrada o l'ordre d'allunyament. Però, com indica Robert J. Sharpe, en general, no s'han posat objeccions a que els immigrants acudeixin a l'instrument de l'*habeas corpus*⁴². Malgrat tot, en cas que s'hagi refusat l'entrada en el territori, l'abast de la revisió permetrà a la cort assegurar que s'han seguit els procediments normativament previstos *però estarà condicionada per la deferència deguda a una decisió administrativa assolida sota una autoritat estatutària*⁴³. En el cas dels demandants d'asil i altres estrangers que sol·liciten entrar en el territori, el control de les raons específiques per a la detenció en el procés d'*habeas corpus* pot veure's limitat, també, si les autoritats del govern argüeixen com a justificació de la mesura la seguretat nacional, com en el cas de *Raghibir Singh* denunciat per Amnistia Internacional⁴⁴.

Pel que fa al procediment a seguir, en el text *Statutory Instruments 1998 No. 3132*

³⁹ *Ibidem*, pàg. 74. En molts altres casos s'han revisat qüestions de fet, de manera que en l'*habeas corpus* s'hauria anat perfilant un principi de revisabilitat o *principle of reviewability* (pàgs. 118-119). L'afer és *Khawaja v. Secretary of State for the Home Department* [1984] A.C. 74, segons el mateix autor, pàg. 74.

⁴⁰ Això és d'altra banda coherent amb el mateix fonament de l'*habeas corpus* que consisteix en que les restriccions de llibertat només poden ser permeses si qui fa la restricció pot justificar-la. Robert J. Sharpe, *The Law of Habeas Corpus*, op. cit., pàg. 91.

⁴¹ *Ibidem*, pàg. 92.

⁴² *Ibidem*, pàg. 172.

⁴³ *Ibidem*, pàgs. 172-173. A *Khawaja* [1984] A.C. 74, Lord Bridge of Harwich at. 122, i Lord Templeman, at. 127. També Lord Scarman at 111-12, sobre disponibilitat *habeas corpus* per als no nacionals si han estat privats de llibertat. A *Khawaja* es tractava d'un immigrant detingut en un punt d'entrada en el territori i, en aquests casos, com que existeix un procediment que confereix poders específics, l'abast de la revisió mitjançant *habeas corpus* està més limitat. Lord Bridge of Harwich, va dir, *If leave to enter is refused, that decision can plainly only be challenged on the now familiar grounds on which the court has jurisdiction to review a public law decision committed by statute to an administrative authority* (§ 122).

⁴⁴ Amnesty International, *United Kingdom. Wrongful Detention of Asylum-Seeker Raghibir Singh*, febrer de 1996, AI Índex: EUR 45/01/96, febrer de 1996.

(L.17). *The Civil Procedure Rules*, en primer lloc es disposa que, en l'*habeas corpus*, la demanda ha de ser feta per la persona detinguda i ha de recolzar-se en un *witness statement* o *affidavit* que indiqui que es fa a instància seva i que defineixi la naturalesa de la detenció. Si el detingut no pot fer-ho, una altra persona en nom seu pot presentar aquests documents, sempre que s'hi assenyali que el detingut no ho pot fer i perquè⁴⁵. En segon lloc, s'estableix que quan la demanda es faci sense notificar-ho a la part respecte de qui es demana el *writ*, la cort disposarà, en principi, que hi hagi vuit dies entre la notificació de la demanda i el dia indicat per a la vista (*rule 3*). Finalment, la cort o el jutge davant de qui es tramita una demanda de *writ of habeas corpus ad subjiciendum* poden ordenar que la persona detinguda sigui alliberada i aquesta ordre serà suficient (*sufficient warrant*) per a qualsevol director de presó, policia o altra persona per a l'alliberament de la persona sotmesa a detenció (*rule 4 §1*).

La garantia de l'*habeas corpus* existeix també a l'àmbit europeu a Portugal i Espanya, amb particularitats específiques, i en altres països com a Irlanda es preveu una figura similar⁴⁶.

b. Espanya

583. L'HABEAS CORPUS COM A INSTRUMENT DE CONTROL DE LES MESURES DE PRIVACIÓ DE LLIBERTAT A ESPANYA. A Espanya, la institució de l'*habeas corpus* com a instrument per garantir la llibertat personal enfront de l'arbitrarietat dels poder públics o altres agents es preveu al paràgraf quatre de l'article 17 de la Constitució de 1978. En ell es diu que

la llei regularà un procediment d'"habeas corpus" per tal de produir la immediata posada a disposició judicial de tota persona detinguda il·legalment

La *Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de "habeas corpus"* que va desenvolupar aquesta previsió constitucional estableix en el preàmbul que l'*habeas corpus* és una

compareixença del detingut davant del jutge, compareixença de la qual prové etimològicament l'expressió que dóna nom al procediment, i que permet al ciutadà, privat de llibertat, exposar les seves al·legacions contra les causes de la detenció o les condicions de la mateixa, per a que el jutge resolgui, en definitiva, sobre la conformitat a Dret de la detenció.

La finalitat de l'*habeas corpus* a Espanya, així, és permetre l'accés a una autoritat judicial d'una persona privada de llibertat.

Segons el mateix preàmbul, tenint en compte l'objecte i la fi de l'*habeas corpus*, la

⁴⁵ Rule 1 Application for writ of habeas corpus ad subjiciendum (2) i (3), RSC ORDER 54 Applications for writ of habeas corpus, Statutory Instruments 1998 No. 3132 (L.17). *The Civil Procedure Rules*.

⁴⁶ Ramón Soriano, *El derecho de habeas corpus*, op. cit., pàgs. 149-151. En aquest treball també es fa una interessant anàlisi detallada del procés de constitucionalització de l'*habeas corpus* a Portugal, pàgs. 157-166.

llei orgànica s'inspira de quatre principis, que són:

1. l'agilitat, que s'aconsegueix instituint un *procediment judicial sumari i extraordinàriament ràpid* (ha d'acabar en el termini de vint-i-quatre hores);
2. la senzillesa i la manca de formalismes, que es manifesten en la possibilitat de compareixença verbal i la no necessitat d'advocat i procurador;
3. la generalitat, que implica que absolutament ningú, particular o agent investit d'autoritat, pugui sostreure's al control de la legalitat de la detenció de les persones;
4. i la pretensió d'universalitat: el procediment d'*habeas corpus* regulat a la Llei orgànica 6/1984 abasta els supòsits de *detenció il·legal*, bé perquè es produeixi contra allò que s'estableix per llei, bé perquè es faci sense cobertura jurídica, i les detencions que, tot i que en el seu inici s'ajustaven a la legalitat, *es mantenen il·legalment*, o tenen lloc en *condicions il·legals*⁴⁷.

Com ha exposat la doctrina, per a que la pretensió d'*habeas corpus* resulti eficaç, és a dir, es pugui obtenir la immediata posada a disposició de l'autoritat judicial, cal que existeixi una situació de *detenció* de forma efectiva que *no hagi estat disposada per una autoritat judicial*, i que sigui *il·legal* d'acord amb l'article 1 de la Llei orgànica 6/1984⁴⁸. La fonamentació fàctica de la *pretensió* ha de consistir, com apunta Vicente Gimeno Sendra, en la *comissió d'una detenció il·legal i substanciar-se jurídicament en la infracció de l'article 17 de la Constitució d'alguna de les normes processals que el desenvolupen o de qualsevol altre dret fonamental que pugués infringir-se en el decurs d'una detenció*⁴⁹.

El procediment d'*habeas corpus*, com va dir el Tribunal constitucional en una sentència de 17 de gener de 1994 és un

procediment especial de cognició limitada, entès com a instrument de control judicial que versa no sobre tots els aspectes o modalitats de la detenció, sinó només

⁴⁷ L'article 1 de la *Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de "habeas corpus"* disposa que als efectes d'aquesta llei es consideraran persones il·legalment detingudes,

a) *Las que lo fueren por una autoridad, agente de la misma, funcionario público o particular, sin que concurren los supuestos legales, o sin haberse cumplido las formalidades prevenidas y requisitos exigidos por las Leyes.*

b) *Las que estén ilícitamente internadas en cualquier establecimiento o lugar.*

c) *Las que lo estuvieran por plazo superior al señalado en las Leyes si, transcurrido el mismo, no fuesen puestas en libertad o entregadas al Juez más próximo al lugar de la detención.*

d) *Las privadas de libertad a quienes no les sean respetados los derechos que la Constitución y las Leyes Procesales garantizan a toda persona detenida*

⁴⁸ Luis Alfredo de Diego Díez, (introducció i selecció), *Habeas corpus frente a detenciones ilegales*, Madrid: Tecnos, 1997, pàgs. 12-16.

⁴⁹ Vicente Gimeno Sendra, *El proceso de Habeas Corpus*, Madrid: Tecnos, 1996, pàgs. 52-59. Als efectes del procediment d'*habeas corpus*, la il·legalitat de la detenció s'origina per la concurrència d'alguna de tres situacions de fet possibles: (a) absència o insuficiència d'imputació; (b) excés en el termini i; (c) omissió en el decurs de la detenció de les garanties preestablertes (pàg. 52).

*sobre la seva regularitat o legalitat en el sentit dels articles 17.1 i 4 de la Constitució, i articles 5.1 i 4 del Conveni europeu per a la protecció dels drets humans*⁵⁰.

Pel que fa a l'abast del control de *legalitat*, segons la mateixa sentència, si bé és cert que la revisió definitiva de l'acte administratiu correspon als tribunals contenciosos administratius, el

*reconeixement d'aquesta competència no exonera totalment el jutge d'"habeas corpus" de la seva obligació de controlar la legalitat material de la detenció administrativa. Si no fos així, el control judicial de les detencions administratives es convertiria en un acte merament ritual o simbòlic*⁵¹.

La sentència del Tribunal constitucional espanyol de 17 de gener de 1994, d'altra banda, va confirmar que, igual com l'article 26§2 de l'antiga *Llei orgànica 7/1985 sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya* sobre internament d'estrangers pendents de ser expulsats,

respectava i havia de respectar el bloc de competència judicial en matèria de llibertat individual, incloent el dret d'"habeas corpus" de l'article 17.4 de la Constitució tant en allò que es refereix a la fase administrativa prèvia, dins de les setanta dues hores, com també respecte de la prolongació de l'internament (tal com ell mateix havia dit a la sentència núm. 115/1987 sobre la llei d'estrangeria),

també això s'aplicava al cas de detenció prèvia a l'execució d'una mesura de devolució quan la persona havia entrat il·legalment. El tribunal va dir que les conclusions de la

⁵⁰ TC (E), sentència de 17 de gener de 1994, núm. 12/1994, *Aranzadi Westlaw* RTC 1994\12, fonament jurídic 5 (1). És un procediment especial a través del qual es diu que *se ha de juzgar sólo sobre la legitimidad de una situación de privación de libertad a la que se trata de poner fin o modificar, pero sin extraer más consecuencias que la necesaria finalización o modificación de esa situación*. Pel que fa a les característiques i funcionament del procediment d'*habeas corpus* a Espanya, Luis Alfredo de Diego Díez (introducció i selecció), *Habeas corpus frente a detenciones ilegales*, op. cit., pàgs. 9-35; Vicente Gimeno Sendra, *El proceso de Habeas Corpus*, op. cit., 1996, pàgs. 39-143.

⁵¹ TC (E), sentència de 17 de gener de 1994, núm. 12/1994, *Aranzadi Westlaw* RTC 1994\12, § 6 (2). En aquest cas es va plantejar el mateix problema que en el procediment d'*habeas corpus* anglès en relació a l'examen dels fets de la causa. El cas de la sentència de 17 de gener de 1984 es referia a la detenció prèvia a l'expulsió d'una persona que al·legava com a causa d'il·legalitat de la detenció el fet que havia sol·licitat asil i, respecte de qui, l'administració reclamava l'exercici del poder d'actuar com a titular d'interessos públics propis. El Tribunal constitucional va admetre la limitació de l'*habeas corpus* en l'examen del cas perquè es tractava de l'exercici de poders discrecionals de l'administració en matèria d'immigració però, alhora, va establir la necessitat de donar un sentit a la garantia d'*habeas corpus* a partir de l'anàlisi dels fets del cas i de la revisió de la qualificació constitucional donada a aquests per altres òrgans. En aquest cas, si la persona havia sol·licitat efectivament asil, això, d'acord amb l'article 5.1 de la Llei 5/1984 abans de la seva reforma, impediria la seva expulsió o devolució al país d'origen, amb la qual cosa, la seva detenció per a aquestes finalitats i la denegació d'*habeas corpus* resultarien il·legals. El Tribunal va dir que la regularitat de la detenció depenia, doncs, de que es pogués considerar que s'havia fet una sol·licitud d'asil, i que (e)s cierto que, (...) *la decisión sobre la devolución del extranjero a su país corresponde al órgano gubernativo, al actuar éste como titular de intereses públicos propios. Pero ello no significa que la decisión sobre el mantenimiento o no de la privación de libertad, cuando su legalidad sea cuestionada a través del procedimiento de "habeas corpus", como aquí se ha hecho, haya de quedar en manos de la Administración. Por el contrario, el órgano judicial ha de adoptar libremente su decisión teniendo en cuenta las circunstancias que concurren en el caso, entendiendo por ellas las concernientes, entre otros aspectos, a la causa de expulsión invocada, a la situación legal del extranjero o a cualquier otra que el Juez estime relevante para su decisión* (§5.3)

sentència núm. 115/1987 eren *perfectament aplicables a allò que disposa l'article 36.2 de la mateixa Llei*, quan es tracta de la detenció d'estrangers subjectes a devolució per haver entrat il·legalment en el país, supòsit en el qual també

*ha de respectar-se el principi d'exclusivitat jurisdiccional en matèria de llibertat, incloent el dret d'"habeas corpus" de l'article 17.4 CE*⁵².

584. FUNCIONAMENT DEL MECANISME DE L'HABEAS CORPUS A ESPANYA. A la *Llei orgànica 6/1984 de 24 de maig, reguladora del procediment d'"habeas corpus"* s'estableix que, un cop promoguda la sol·licitud, el jutge examinarà la concurrència dels *requisits per a la seva tramitació*, en donarà trasllat al ministeri fiscal, i mitjançant interlocutòria (*auto*), *acordarà la incoació del procediment o, si s'escau, denegarà la sol·licitud per ser aquesta improcedent* (article 6). En la interlocutòria d'incoació, el jutge ordenarà a l'autoritat a disposició de qui es trobi la persona detinguda *que la posi de manifest davant d'ell, sense pretext ni tardança o es constituirà en el lloc on aquella es trobi*. El jutge escoltarà el detingut o bé el seu representant legal i advocat, el ministeri fiscal, i la justificació de la detenció per part de qui l'ha practicada, i resoldrà en el termini de vint-i-quatre hores (article 7).

La garantia de l'*habeas corpus*, que consisteix precisament en la possibilitat d'accedir a una autoritat judicial per que aquesta determini la regularitat de la detenció depèn, doncs, de que el jutge decideixi acordar la incoació del procediment *si concorren els requisits per a la seva tramitació*. En què consisteixin aquests requisits ha estat objecte de precisió per part del Tribunal constitucional en sentències d'empara, que ha insistit en l'aspecte del dret *al jutge* que configura l'*habeas corpus*.

En primer lloc, el jutge ha d'examinar els requisits processals de la sol·licitud, és dir, els *pressupòsits processals* de jurisdicció i competència de l'òrgan jurisdiccional, de capacitat i legitimació de les parts (en aquest moment del procediment, del sol·licitant), i els *elements formals* de la petició. En segon lloc, cal examinar els requisits materials, és a dir la *fonamentabilitat* de la petició⁵³. En aquest sentit, l'òrgan jurisdiccional ha de determinar si *prima facie* la detenció resulta il·legal segons allò que s'al·lega a la sol·licitud d'*habeas corpus*, tenint en compte que encara no s'han practicat proves, i que el sol·licitant encara no ha declarat⁵⁴. Segons el Tribunal constitucional,

Correspon al jutge de l'habeas corpus examinar en qualsevol cas el "fumus boni iuris" que justifica l'adopció de tota mesura de privació de llibertat, que, si és disposada per l'administració, ha de revestir sempre naturalesa cautelar (...). El mandat contingut a l'article 17.1 CE, segons el qual el jutge ha de comprovar si el privat de llibertat s'hi troba "en els casos previstos a la Llei" [o en els "supòsits legals" als què es refereix l'article 1 a) de la LOHC] comporta, en aquest tipus de detencions, l'obligació de revisar, encara que de manera provisional, el pressupòsit

⁵² TC (E), sentència de 17 de gener de 1994, núm. 12/1994, § 5 (2), *Aranzadi Westlaw* RTC 1994\12.

⁵³ Vicente Gimeno Sendra, *El proceso de Habeas Corpus*, op. cit., pàgs. 84-93.

⁵⁴ Luís Alfredo de Diego Díez, *Habeas corpus frente a detenciones ilegales*, op. cit., pàgs. 25-26.

*material que justifica la mesura cautelar de privació de llibertat, revocant-la o convertint-la en menys interina a través d'alguna de les solucions previstes a l'article 8 de la LOHC, tot això, sens perjudici que el particular reaccioni posteriorment contra l'acte administratiu*⁵⁵.

En què consisteix el judici sobre això que s'ha anomenat *fonamentabilitat* de la petició d'*habeas corpus* ha estat objecte de precisió jurisprudencial en sentències que pretenen assegurar que aquest judici no excedeixi una anàlisi sobre l'admissibilitat i es deixi l'examen de la legitimitat de la detenció per al judici del fons, prèvia compareixença i audiència del detingut.

585. L'*HABEAS CORPUS* COM A MESURA DE CONTROL DE LES DETENIONS DE DEMANDANTS D'ASIL A LES ZONES D'ESPERA DELS ESPAIS FRONTERERS. A. LA LEGALITAT DE LA DETENCIÓ. Una sentència del Tribunal constitucional de 27 de setembre de 1999, de la que fou ponent Carles Viver Pi-Sunyer, va confirmar i perfeccionar la línia jurisprudencial que defensa que el veritable objectiu de l'*habeas corpus* consisteix en l'accés a un control jurisdiccional de la regularitat d'una mesura de privació del dret fonamental a la llibertat personal. Sobretot a partir d'aquesta sentència, es va consolidar una neta distinció entre *el judici d'admissibilitat de la sol·licitud d'incoació i el judici de fons sobre la licitud de la detenció objecte de denúncia*.

El supòsit de fet d'aquesta sentència dictada en un procediment d'empara es referia a un cas en què el sol·licitant (primer d'*habeas corpus* i després d'empara) es trobava detingut en una *zona de refusats* d'un aeroport i no se li havia acceptat la incoació d'*habeas corpus*. La sentència del Tribunal constitucional va fer, primer, una anàlisi de la legalitat de la detenció en el cas concret i, després, va establir els criteris per diferenciar el judici d'admissibilitat del judici sobre el fons en una sol·licitud d'*habeas corpus*.

En relació a la primera qüestió, en aquest cas, que feia referència a una persona que havia estat ja anteriorment expulsada del territori i que tenia una prohibició d'entrada per a un període de tres anys, el Tribunal va establir que

davant d'una situació fàctica de compulsió o subjecció personal serà funció del jutge d'habeas corpus comprovar si existeix pròpiament una "ordre de devolució" o si, per no concórrer aquella resolució administrativa, es tracta d'una situació de detenció preventiva (que alhora podria ser lícita o il·lícita).

En el període que comença amb l'inici de la privació de llibertat i que acaba amb l'*ordre de devolució*, la detenció només pot qualificar-se de *detenció preventiva* si manca *títol jurídic* per justificar-la i, com que en el cas havia excedit el termini màxim de setanta-dues hores, es va considerar que es tractava d'una *detenció preventiva il·lícita*⁵⁶.

⁵⁵ TC (E), sentència de 17 de gener de 1994, núm. 12/1994, *Aranzadi Westlaw* RTC 1994\12, § 6 (2).

⁵⁶ TC (E), sentència de 27 de setembre de 1999, núm. 174/1999, *Aranzadi Westlaw* RTC 1999\174 §5. A la sentència s'assumeix que una *ordre de devolució* que actualitza una decisió de no entrar en el territori espanyol només pot tenir lloc mitjançant la subjecció i conducció física del subjecte fins la seva sortida del territori, i es diu: *Esta ejecución forzosa deberá practicarse sin dilación, pero no necesariamente con el límite máximo de setenta y dos horas. En consecuencia, si practicada una detención preventiva fuera dictada y notificada una "orden de devolución" tendríamos por concluida la situación de detención*

Aquesta anàlisi detallada del fonament jurídic de la privació de llibertat en els diferents moments de la detenció és absent en la jurisprudència anterior del propi Tribunal constitucional, com per exemple, quan va resoldre el cas que va ser objecte de la interlocutòria núm. 55/1996. En aquell cas el jutge d'instància havia refusat la incoació d'*habeas corpus* per considerar, entre altres coses, que no s'havia produït *privació de llibertat*: dues persones de nacionalitat nigeriana que provenien de Bulgària havien estat obligades a romandre en la zona de trànsit de l'aeroport des del dia 17 de gener de 1996, i fins el dia 26 de gener no els va ser notificada la inadmissió a tràmit de les seves sol·licituds d'asil, que només havien pogut presentar formalment el dia 23. Aquí el Tribunal constitucional va basar la inadmissió de la demanda d'empara en què no es posava en dubte la validesa del refús en frontera dels demandants, ni la validesa de la inadmissió a tràmit de la sol·licitud d'asil, i que, en definitiva, no s'oferia en aquest procés

cap raó que contradigui la validesa de la decisió administrativa que ha impedit l'entrada a Espanya dels demandants,

per la qual cosa no cabia detectar *ni un indicati de vulneració de l'article 17* (fonament jurídic 4). Es deia també que

la limitació imposada a la seva llibertat deambulatòria per la policia espanyola dirigida exclusivament a impedir la seva entrada il·legal a Espanya serveix a una finalitat lícita, expressament recollida a l'article 5.1 f del Conveni europeu de drets humans, i no manca de cobertura legal (articles 11.3 i 33, Llei d'estrangeria, i article 5, apartats 1 i 7, Llei d'asil)⁵⁷.

Es feia per tant una anàlisi que justificava que la incoació del procediment d'*habeas corpus* pogués decidir-se en funció de la *legalitat* de la mesura de privació de llibertat, quan la determinació d'aquesta legalitat hauria de ser precisament l'objecte de l'*habeas corpus* on, tenint-lo present, s'escolta el detingut.

586. L'*HABEAS CORPUS* COM A MESURA DE CONTROL DE LES DETENIONS DE DEMANDANTS D'ASIL A LES ZONES D'ESPERA DELS ESPAIS FRONTERERS. B. LA DISTINCIÓ ENTRE LA INCOACIÓ DEL PROCEDIMENT I EL JUDICI SOBRE EL FONS. Respecte de la segona qüestió, la sentència de 27 de setembre de 1999 va reprendre arguments ja avançats en sentències anteriors, com que el procediment d'*habeas corpus* és un *procés especial a través del qual s'ha de jutjar solament sobre la*

preventiva e iniciada la de ejecución forzosa de una resolución administrativa de "devolución". Pero si a la situación de compulsión personal en la "zona de rechazados" no precede una orden actual de expulsión o devolución, entonces la situación sólo puede calificarse de detención preventiva, aplicándose en consecuencia el límite máximo de setenta y dos horas contadas des de el inicio de la situación de privación de libertad (§ 4.2). En aquest cas la privació de llibertat havia començat a les onze del matí del dia 22 de març de 1999, i l'ordre de devolució va arribar el dia 26 del mateix mes. Es va considerar que constituïa *detenció preventiva il·lícita* el temps que el demandant, *Liji Chun*, va passar a la "sala de refusats" de l'aeroport, on va ser conduït el dia 25 de març a les deu del matí, fins que el dia següent es dicta l'ordre de devolució.

⁵⁷ TC (E), interlocutòria (*auto*) de 6 de març de 1996, núm. 55/1996, § 4 i 5, *Aranzadi Westlaw* RTC 1996\55 AUTO.

legitimitat de la situació de llibertat⁵⁸ o controlar la legalitat material de la detenció administrativa⁵⁹. I que

aquesta decisió de fons no pot adoptar-se en el tràmit d'admissió, és a dir, sense la prèvia compareixença i audiència de la persona privada de llibertat, ja que la finalitat última del referit procediment radica, precisament en la posada en presència del jutge de tota persona privada de llibertat que denunciï la il·legalitat de la privació de llibertat de la que és objecte⁶⁰.

Es va considerar que si la privació de llibertat existeix, el judici sobre la seva legalitat

ha de dur-se a terme en el judici de fons, prèvia compareixença i audiència del sol·licitant d'habeas corpus⁶¹.

En casos d'allunyament d'estrangers, el Tribunal constitucional ja havia dit en una sentència de 12 de febrer de 1996 respecte del procediment d'habeas corpus que, si existeix algun dubte quant a la legalitat de les circumstàncies de la detenció, no procedeix

acordar la inadmissió sinó examinar aquestes circumstàncies, tot i que no, per descomptat, les qüestions relatives a la dispensa de visat, la seva obtenció per silenci, o fins i tot la procedència de l'expulsió, objecte si de cas d'impugnació davant dels Tribunals contenciosos administratius, sinó, precisament les de la detenció preventiva prèvia a l'expulsió, (ja que com s'ha dit) el jutge d'habeas corpus ha de controlar la legalitat material de la detenció administrativa⁶².

En aquest cas, la garantia d'habeas corpus es va considerar aplicable en una situació de detenció prèvia a l'acord d'expulsió que es va desenvolupar abans s'esgotés el termini de setanta dues hores després del qual l'administració cal que sol·liciti l'internament al jutge. La detenció acordada per dur a terme l'expulsió immediata d'un estranger (abans que transcorrin setanta dues hores) per tant, també és susceptible de ser controlada pel que fa a la seva legitimitat en el procediment d'habeas corpus.

El Tribunal constitucional, d'altra banda, va establir en una sentència de 21 de maig de 1996 que la compareixença no contradictòria del funcionari públic sota la custòdia de qui es trobava el detingut comportava

una desvirtuació del procediment d'habeas corpus, l'essència del qual consisteix precisament en "haver el cos" de qui es troba detingut per oferir-li una oportunitat de fer-se sentir, i oferir les seves al·legacions i les seves proves⁶³.

I, també, en una sentència de setembre de 1999, que la inadmissió a limine litis

⁵⁸ Sense més conseqüències que la terminació o modificació de la misma. TC (E), sentència de 12 de febrer de 1996, núm. 21/1996, § 4, Aranzadi Westlaw RTC 1996\21.

⁵⁹ TC (E), sentència de 16 d'abril de 1996, núm. 66/1996, §3, Aranzadi Westlaw RTC 1996\66.

⁶⁰ Això ja resultava de TC (E), sentència de 21 de maig de 1996, núm. 86/1996, §12, Aranzadi Westlaw RTC 1996\86.

⁶¹ TC (E), sentència de 27 de setembre de 1999, núm. 174/1999, §6.3-4, Aranzadi Westlaw RTC 1999\174.

⁶² TC (E), sentència de 12 de febrer de 1996, núm. 21/1996, §6, Aranzadi Westlaw RTC 1996\21.

⁶³ TC (E), sentència de 21 de maig de 1996, núm. 86/1996, §12, Aranzadi Westlaw RTC 1996\86.

comportava una *desvirtuació del procediment d'habeas corpus*, tenint en compte l'essència del mateix⁶⁴.

Aquesta darrera sentència va afegir consideracions importants pel que fa a la justificació de la detenció, tenint en compte que es tractava d'un cas on la privació de llibertat es derivava d'una prèvia prohibició d'entrada en el territori espanyol. El Tribunal constitucional va dir que, certament, el cas

duia causa d'una vulneració prèvia d'una prohibició d'entrada en el territori espanyol i per això, d'acord amb l'article 36.2 de la Llei orgànica 7/1985, per a la seva execució no està legalment prevista cap intervenció judicial,

i que, després de dictar-se l'ordre de devolució, la situació del recurrent no era pròpiament la d'un *detingut preventiu*, però, afegeix,

siguin quines siguin les causes el fet objectiu al qual havia de donar resposta el jutge constitucional de l'habeas corpus era el de la sol·licitud d'obertura del procediment per part d'una persona que es trobava efectivament privada de la seva llibertat personal com a conseqüència d'una decisió d'una autoritat governativa i sense que hi hagués hagut cap intervenció judicial.

Finalment, va considerar que

en aquestes circumstàncies el procediment d'habeas corpus no pot inadmetre's a limine litis amb l'únic argument que concorre una causa d'expulsió legalment prevista⁶⁵.

587. L'HABEAS CORPUS COM A MESURA DE CONTROL DE LES DETENIONS DE DEMANDANTS D'ASIL A LES ZONES D'ESPERA DELS ESPAIS FRONTERERS: LA CONSOLIDACIÓ DE LA PROTECCIÓ AMB LA SENTÈNCIA DEL CAS *FAYIAR* DE 26 DE JUNY DE 2000. El plantejament respecte de la separació neta de l'objecte de la decisió sobre la incoació del procediment d'habeas corpus i el judici de fons ha estat assumit i consolidat en jurisprudència posterior del Tribunal Constitucional. Al respecte d'això destaca la sentència en empara dictada el 26 de juny de 2000 en el cas *Fayiar*.

Aquesta sentència, de la qual també fou ponent Carles Viver Pi-Sunyer, és important perquè per primer cop, s'accepta que l'habeas corpus és una garantia aplicable al cas d'una persona que estava sent sotmesa a una mesura de privació de llibertat a qui havia estat inadmesa a tràmit una demanda d'asil, i a qui no s'havia autoritzat a entrar en el territori⁶⁶.

El Tribunal constitucional ja havia dit en altres ocasions que les garanties de l'article

⁶⁴ TC (E), sentència de 27 de setembre de 1999, núm. 174/1999, §6.6, *Aranzadi Westlaw RTC 1999\174*.

⁶⁵ *Ibidem*, § 7.2. Finalment, s'atorga l'empara perquè es considera que la inadmissió a tràmit de la sol·licitud de habeas corpus se basó exclusivament en un judici sobre la legalitat de la detenció, admitint la existència de una causa de expulsión y enjuiciando así el fondo de la cuestión sin las garantías procesales propias del procedimiento de habeas corpus y entre ellas sin la garantía, de especial relieve constitucional, de la puesta en presencia del Juez de la persona privada de libertad (STC 144/1990, fj 4, y 86/1996, fj 12) (§ 7.3).

⁶⁶ Això es reiterarà després a la sentència que resol el recurs d'inconstitucionalitat presentat contra la Llei 9/1994 d'asil; TC (E), sentència de 27 de febrer de 2002, núm. 53/2002 (registre 2994/1994), *BOE* de 4 de març de 2002, §11.

17 de la Constitució s'aplicaven a casos de privació de llibertat diferents de la detenció preventiva de caràcter penal i que, en aquests casos, el control de constitucionalitat havia de fer-se tenint en compte els criteris que inspiraven les garanties dels paràgrafs 2 i 3 de l'article 17 *en funció de la finalitat, naturalesa i durada de la privació de llibertat de què es tracti*⁶⁷. Aquestes altres privacions de llibertat diferents de les específicament previstes a l'article 17§2 de la Constitució, d'acord amb el paràgraf 1 del mateix article 17,

*només poden tenir lloc "en els casos i en la forma previstos en la Llei" i han de ser conformes amb el principi de limitació temporal que s'indueix de l'article 17.2*⁶⁸.

La remissió a la Llei, tal com ja s'havia dit a les sentències de 18 de novembre de 1993 (núm. 341/1993) i de 27 de setembre de 1999 (núm. 174/1999), no podia no obstant

*entendre's com una habilitació al legislador per preveure privacions de llibertat de durada indefinida, incerta o il·limitada, la qual cosa no significa, com també es precisa a les sentències citades, que aquestes altres situacions de privació de llibertat els resulti d'aplicació necessàriament el termini de setanta dues hores previst a l'article 17.2 de la CE*⁶⁹.

En el cas de la sentència de 26 de juny de 2000 que aquí interessa, *John Fayiar Faryo* havia estat privat de llibertat per tal de garantir l'execució de l'acte administratiu de denegació de la sol·licitud d'asil, ja que aquest acte, d'acord amb l'article 17§1 de la *Llei 5/1984, de 26 de març, modificada per la Llei 9/1994, de 19 de maig, reguladora del dret d'asil i de la condició de refugiat* determina el refús de l'estranger en frontera quan, com era el cas, el sol·licitant no reuneix els requisits necessaris per entrar a Espanya. El Tribunal constitucional va partir de la consideració que

aquesta privació de llibertat té, per tant, una finalitat lícita -impedir l'entrada il·legal a Espanya d'un estranger; supòsit expressament previst a l'article 5§1 f del Conveni europeu de drets humans com un dels casos en què, en principi, es pot acordar una mesura privativa de llibertat- i a més, com ja ha estat assenyalat es troba legalment prevista.

I va establir que, en aquests casos en què es refusava l'entrada en el territori per causa de d'haver-se denegat una petició d'asil en frontera,

per a que aquesta privació de llibertat respecti el dret fonamental que consagra l'article 17§1 CE es precis que tingui una durada d'acord amb el principi de limitació temporal que, com hem assenyalat, s'indueix de l'article 17§2 CE i, per això, tot i que, per les raons abans exposades, no és necessari que respecti el termini màxim de setanta-dues hores que estableix aquest precepte constitucional, no pot, no obstant durar més que el temps que requereixi adoptar les mesures necessàries que permetin executar aquest acte administratiu, la qual cosa determina que no pugui tenir una durada major de la que sigui estrictament necessària per procedir a la devolució de l'estranger al seu país de procedència, ni tampoc tenir una durada que en si mateixa

⁶⁷ TC (E), sentència de 18 de novembre de 1993, núm. 341/1993, § 6.3, *Aranzadi Westlaw RTC 1993\341*.

⁶⁸ TC (E), sentència de 27 de setembre de 1999, núm. 174/1999, § 4.1, *Aranzadi Westlaw RTC 1999\174*.

⁶⁹ TC (E), sentència de 26 de juny de 2000, núm. 179/2000, § 2.4, *Aranzadi Westlaw RTC 2000\179*.

*pugui considerar-se que és molt superior a la que en condicions normals comportaria l'execució de l'acte*⁷⁰.

Després d'analitzar les circumstàncies del cas, el Tribunal constitucional va arribar a la conclusió que la privació de llibertat de *Fayiar* per tal d'assegurar l'execució del refús en frontera derivada de la denegació d'asil i de no tenir els requisits exigits per entrar a Espanya, no va tenir una durada que pogués considerar-se contrària al dret fonamental a la llibertat de l'article 17 de la Constitució.

El Tribunal va constatar que l'administració havia endegat les actuacions necessàries per executar l'acte immediatament, que el retard no li era imputable, i que tampoc podia apreciar-se que la tardança en l'execució de l'acte estigués justificada per l'existència de circumstàncies objectives, com ara la impossibilitat de trobar mitjà de transport o la manca de la documentació adequada per entrar en un altre país,

les quals, per la seva excessiva durada o per la forma de dur-se a terme, haguessin pogut comportar que la situació de privació de llibertat en què es trobava el recurrent en la zona de trànsit de l'aeroport de Barajas s'hagués convertit en il·legítima.

En aquest últim argument, el Tribunal aplica, tot citant-lo, l'estàndard de la sentència del Tribunal europeu de drets humans de 25 de juny de 1996 en el cas *Amuur* contra França. El període de privació de llibertat, acaba dient el Tribunal,

*no pot considerar-se, en principi, com excessiu ja que no pot estimar-se que aquest hagi estat manifestament superior al que seria necessari per a l'execució de l'acte en circumstàncies normals*⁷¹.

588. L'APLICACIÓ RESTRINGIDA DEL REQUISIT DE LA FONAMENTACIÓ EN L'ADMISSIBILITAT DE L'*HABEAS CORPUS*, O LA PRESUMPCIÓ A FAVOR DE LA CONCESSIÓ DEL DRET D'ACCEDIR A UN JUTGE. El Tribunal constitucional estableix criteris per determinar la constitucionalitat d'una privació de llibertat en frontera legal com en el cas de refús d'una sol·licitud d'asil, en funció de la durada de la detenció:

- a. l'administració ha d'haver actuar diligentment, és a dir que el retard en la devolució no ha de ser *imputable* a l'administració;
- b. no han d'apreciar-se circumstàncies objectives que per la seva excessiva durada o per la forma de dur-se a efecte comportin que la situació de detenció s'hagi convertit en *il·legítima* (criteri *Amuur*); i, finalment,
- c. el període de privació de llibertat no ha de ser *excessiu* o *manifestament superior* que el temps que seria necessari per a l'execució de l'acte en circumstàncies normals.

Tot i considerar que, en definitiva, en el cas concret la detenció havia estat legítima, el Tribunal constitucional va examinar si calia atorgar a *Fayiar* l'empara en funció de la no incoació d'*habeas corpus*, tot i la demanda que el detingut féu mentre es trobava privat de

⁷⁰ *Ibidem*, § 3.2.

⁷¹ *Ibidem*, § 4.3.

llibertat en frontera. El Tribunal va reiterar un cop més la jurisprudència segons la qual només en el judici de fons, i prèvia compareixença i audiència de la persona privada de llibertat, pot valorar-se si la situació de privació de llibertat és o no il·legal, i en funció d'això va atorgar l'empara. El tribunal va resumir la seva jurisprudència dient que

en els casos en els que la situació de privació de llibertat existeixi -requisit que juntament amb els exigits a l'article 4 de la Llei orgànica 6/1984, es precis complir per poder sol·licitar la incoació d'aquest procediment (per totes STC 174/1999, ff 6)- el judici de la seva legalitat ha d'efectuar-se, no en el tràmit d'admissibilitat, sinó en el judici de fons, prèvia compareixença i audiència del sol·licitant d'habeas corpus (per totes, STC 174/1999, ff 5), ja que només garantint que el jutge es pronuncia sobre la legalitat de la situació de privació de llibertat patida un cop que el detingut ha estat dut a presència seva i ha tingut, per tant, oportunitat de sentir-lo, es garanteix el dret consagrat a l'article 17.4 CE (SSTC 174/1999, ff 7; 232/1999, ff 5); dret que en constituir un mitjà de defensa dels demés drets substantius que estableixen els demés apartats de l'article 17 CE (STC 98/1986, de 10 de juliol, ff 1; 21/1996, de 12 de febrer, ff 5; 232/1999, de 13 de desembre, ff 4) ha de considerar-se també que la seva lesió comporta la vulneració del dret fonamental a la llibertat personal que genèricament consagra l'article 17.1 de la CE⁷².

El Tribunal constitucional va subratllar també que la garantia de l'*habeas corpus* s'aplica en tots els casos en què la privació de llibertat no ha estat acordada per un jutge, i que el propi tribunal l'ha considerada específicament aplicable en les detencions imposades en matèria d'estrangeria (STC 115/1987, de 7 de juliol §1) i, en concret, en els casos en què la detenció o privació de llibertat del sol·licitant d'*habeas corpus* té per objecte executar una ordre d'expulsió del territori nacional. El tribunal va recordar en aquest punt no només la seva pròpia jurisprudència, com per exemple les sentències 21/1996 i 174/1999, sinó també la jurisprudència del Tribunal europeu de drets humans a la sentència de 15 de novembre de 1996 en el cas *Chahal* contra el Regne Unit.

Després de la sentència *Fayiar*, altres sentències del Tribunal constitucional també han destacat l'*especial rellevància constitucional* de la distinció entre l'admissibilitat del procediment d'*habeas corpus* i el caràcter fonamentat o no de la licitud de la detenció a què es refereixen els articles 6 i 8 de la Llei orgànica 6/1984, i la necessitat que la valoració de la legitimitat de la privació de llibertat es faci en el judici de fons. Entre aquestes destaquen les sentències de 13 de desembre de 1999 (núm. 232/1999)⁷³, de 24 de juliol de 2000 (núm. 208/2000)⁷⁴ i núm. 209/2000⁷⁵; i de 2 d'octubre de 2000 (núm. 233/2000)⁷⁶ (de les quals va ser ponent Julio Diego González Campos)⁷⁷.

⁷² *Ibidem*, § 5.3.

⁷³ TC (E), sentència de 13 de desembre de 1999, núm. 232/1999, § 4, *Aranzadi Westlaw* RTC 1999\232.

⁷⁴ TC (E), sentència de 24 de juliol de 2000, núm. 208/2000, § 5, *Aranzadi Westlaw* RTC 2000\208.

⁷⁵ TC (E), sentència de 24 de juliol de 2000, núm. 209/2000, § 5, *Aranzadi Westlaw* RTC 2000\209.

⁷⁶ TC (E), sentència de 2 d'octubre de 2000, núm. 233/2000, § 5, *Aranzadi Westlaw* RTC 2000\233.

⁷⁷ TC (E), sentència de 30 d'octubre de 2000, núm. 263/2000, *Aranzadi Westlaw* RTC 2000\263, *Voto particular que emite el Magistrado don Fernando Garrido Falla en el recurso de amparo 3889/99*.

En una sentència posterior, de 30 d'octubre de 2000, tot i que efectivament s'atorga l'empara per violació del dret a la llibertat personal pel fet que el jutge d'instància no va incoar l'*habeas corpus*, després de fer un judici de la legalitat de la mesura de privació de llibertat en el moment de l'admissibilitat, un vot particular va plantejar novament la qüestió dels límits del judici de la *fonamentabilitat* de la petició d'*habeas corpus* en el tràmit d'admissibilitat. En aquest vot particular, Fernando Garrido Falla considerava que cal incoar l'*habeas corpus* un cop constatada l'existència de la detenció, *si existeix algun dubte* pel que fa a la legalitat de les circumstàncies d'aquesta, cas en què procediria examinar aquestes circumstàncies i no, acordar la inadmissió.

El plantejament del Tribunal constitucional, sobretot des de la sentència núm. 174/1999, és un plantejament molt diferent del de Garrido Falla. Parteix d'una consideració de l'*habeas corpus* més pròpia del contingut que històricament s'havia donat a aquesta institució, que consisteix en instrumentar un mecanisme per assegurar que una persona detinguda tingui sempre un accés ràpid a un jutge que, després de tenir físicament present el detingut i escoltar-lo, pugui determinar la legalitat de la detenció o les seves circumstàncies. El tribunal redueix al màxim l'examen de la *fonamentabilitat* de la petició d'*habeas corpus* en relació a la legalitat de la detenció en el tràmit d'admissibilitat perquè considera que el gruix d'aquesta garantia del dret a la llibertat personal no consisteix tant en constituir un mitjà per controlar la legalitat d'una mesura de privació de llibertat, sinó que l'essència de l'*habeas corpus* és la possibilitat d'accedir a un òrgan independent i competent que, prèvia audiència del propi interessat, determini la legitimació de la detenció, tenint en compte diferents paràmetres d'anàlisi nacionals i internacionals sobre l'existència, les condicions i la durada de la mesura, i no només si es tracta d'una mesura prevista a la llei interna. L'examen de la legitimitat d'una detenció no ordenada per una autoritat jurisdiccional, a la pràctica, només es podrà fer, doncs, en un judici del fons de la petició i no en el tràmit d'admissibilitat del procés d'*habeas corpus*.

589. ELS LÍMITS DE LA REDUCCIÓ DE L'EXAMEN DE LA DETENCIÓ EN EL TRÀMIT D'ADMISSIBILITAT: EL CONTROL INCORPORAT DE LA DETENCIÓ. Aquesta reducció fins allò que es essencial en el tràmit de l'admissibilitat de la concessió de l'*habeas corpus* té uns límits clars d'acord amb la jurisprudència del Tribunal Constitucional: que efectivament existeixi una mesura de privació de llibertat, i que aquesta no hagi estat dictada per un jutge.

En els casos recorreguts en empara per la no incoació d'*habeas corpus* davant del Tribunal Constitucional, en supòsits de mesures de detenció basades en la regulació de l'estrangeria, com en els casos 174/199 o 179/1999, la privació de llibertat havia estat prevista per autoritats governatives. El 24 de novembre de 2005 el Tribunal Constitucional va confirmar que, d'acord amb la naturalesa i l'objecte de l'*habeas corpus*, no suposa una vulneració dels drets constitucionals la determinació com a inadmissible d'una demanda d'*habeas corpus* relativa a una mesura d'internament d'un estranger decretada per un jutge d'acord amb la legislació vigent. Segons el Tribunal Constitucional,

la finalitat de l'"habeas corpus", que no és sinó la posada a disposició judicial de

*qui pot haver-se vist privat il·legalment de la seva llibertat, s'havia assolit ja amb l'aplicació al cas de la Llei d'estrangeria, de manera que la denegació de l'"habeas corpus" no mereix, per raonable i no arbitrària, ni tan sols en els termes del cànon reforçat que suposa l'afectació del dret a la llibertat, cap taxa d'inconstitucionalitat. Res acredita una situació de risc per a la integritat d'aquest dret. I és que el procediment d'"habeas corpus" queda manifestament fora de lloc quan, com en el cas, la intervenció judicial ja s'ha produït amb l'aplicació de la Llei d'estrangeria, sense que encara no hagi transcorregut el termini que per a la durada de l'internament havia estat fixat per part del jutge*⁷⁸.

D'acord amb el Tribunal constitucional, l'*habeas corpus* només és factible quan la privació de llibertat només té fonament en l'autoritat governativa ja que, només llavors té sentit recórrer a un procediment, per naturalesa excepcional, que resultaria redundant si la detenció ha estat autoritzada per un jutge. Per al Tribunal Constitucional, des d'un punt de vista material i d'eficàcia, allò que es pot aconseguir amb l'*habeas corpus*, és el que ja s'ha obtingut en la vista amb totes les garanties (intèrpret, advocat i audiència personal) prèvia a l'autorització judicial de la detenció⁷⁹.

590. L'AUTORITZACIÓ JUDICIAL DE L'INTERNAMENT DELS DEMANDANTS D'ASIL. A Espanya, els estrangers que són detinguts per les autoritats governatives i que estan o han de ser sotmesos a mesures d'allunyament poden ser ingressats en centres d'internament que no tenen caràcter penitenciari, només si així ho disposa el jutge d'instrucció competent corresponent.

Només es pot acordar l'internament en quatre casos:

- a. Quan la persona ha estat detinguda perquè es troba en un dels supòsits d'expulsió dels paràgrafs a) i b) de l'apartat 1 de l'article 54⁸⁰, o dels paràgrafs a), d) i f) de l'article 53⁸¹ de la Llei orgànica 4/2000 sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya;
- b. Quan s'hagi dictat resolució de retorn i aquest no es pugui executar en el

⁷⁸ TC (E), sentència de 24 de novembre de 2005, núm. 282/2003, *Aranzadi Westlaw* RTC 2005\303, §5.

⁷⁹ *Ibidem*, § 3.

⁸⁰ Artículo 54. *Infracciones muy graves. 1. Son infracciones muy graves: a) Participar en actividades contrarias a la seguridad exterior del Estado o que pueden perjudicar las relaciones de España con otros países, o estar implicados en actividades contrarias al orden público previstas como muy graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana. b) Inducir, promover, favorecer o facilitar con ánimo de lucro, individualmente o formando parte de una organización, la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español o su permanencia en el mismo, siempre que el hecho no constituya delito.*

⁸¹ Artículo 53. *Infracciones graves: Son infracciones graves: a) Encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente (...); d) El incumplimiento de las medidas impuestas por razón de seguridad pública, de presentación periódica o de alejamiento de fronteras o núcleos de población concretados singularmente, de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley (...); f) La participación por el extranjero en la realización de actividades contrarias al orden público previstas como graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.*

termini de 72 hores, quan l'autoritat judicial així ho determini;

- c. Quan s'hagi dictat acord de devolució; i
- d. Quan s'hagi dictat resolució d'expulsió i l'estranger no abandoni el territori nacional en el termini que se li ha concedit per a fer-ho⁸².

D'aquests, els supòsits que més sovint afectaran els demandants d'asil són el del retorn i el de la devolució. El cas del retorn és el dels estrangers que demanen ser admesos en el territori en frontera i aquesta entrada els és denegada. En aquests casos, l'article 60 de la Llei orgànica 4/2000 modificada per la llei 8/2000 sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya disposa la tornada de l'estranger al *punt d'origen* de forma immediata o en el termini de 72 hores. Si ni es pot executar en aquests terminis, *l'autoritat governativa que acordi el retorn s'adreçarà al jutge d'instrucció si el retorn anés a retardar-se més de setanta-dues hores per tal que determini el lloc on hagin de ser internats fins que arribi el moment del retorn*. L'estranger, en aquests casos, es trobarà en tot moment a disposició de l'autoritat judicial que va autoritzar l'internament (article 60§3).

La devolució significa la sortida del país, s'entén, cap el punt de sortida o cap un altre país que admeti l'estranger, i es disposa per part de l'autoritat governativa competent en el cas de persones que havent estat expulsades contravenen la prohibició d'entrada a Espanya, o i de persones que pretenen entrar il·legalment en el país⁸³. La Llei orgànica sobre drets i llibertats, en la seva redacció de la Llei orgànica 8/2000, preveu expressament que si les persones que es troben en les situacions anteriors formalitzen una demanda d'asil *no podrà dur-se a terme la devolució fins que no s'hagi decidit la inadmissió a tràmit de la petició, de conformitat amb la normativa d'asil*⁸⁴. La possibilitat d'internar persones que han provat d'entrar en el país il·legalment no estava prevista expressament a la Llei orgànica 4/2000-8/2000, per deficiències de tècnica legislativa que es van intentar superar amb el reglament de desenvolupament de la llei⁸⁵. El Tribunal Suprem, però, en una sentència de 20 de març de 2003⁸⁶ va anul·lar el precepte en qüestió d'aquest reglament en considerar que, en la mesura que s'afectava al dret fonamental a la llibertat, era contrari a l'ordenament jurídic preveure en un reglament l'internament a efectes de la seva devolució

⁸² Article 153§2 del Reial Decret 2393/2004, de 30 de desembre, pel qual s'aprova el Reglament de la Llei Orgànica 4/2000, d'11 de gener, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social; BOE de 7 de gener de 2005, núm. 6, pàg. 532.

⁸³ Article 58§2 de la Llei Orgànica 4/2000, d'11 de gener, sobre 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.

⁸⁴ Article 58§3 de la Llei Orgànica 4/2000.

⁸⁵ Article 127§2 c) *Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre*. Aquest article es correspon bàsicament amb l'article 153 del Reial Decret 2393/2004, de 30 de desembre, pel qual s'aprova el Reglament de la Llei Orgànica 4/2000 actualment vigent.

⁸⁶ TS [Sala Contenciós Administratiu Secció 6ª] (E), sentència de 20 de març de 2003, afer *Andalucía Acoge i Red Acoge*, núm. 488/2001, §14; *Aranzadi Westlaw* RJ 2003\2422.

de persones que havien pretès entrar a Espanya, perquè s'ampliaven els supòsits d'aplicació d'una mesura que, per al cas de devolució, la llei orgànica només preveia per a les persones que havent estat expulsades vulneressin la prohibició d'entrada. Després d'aquesta sentència, la Llei orgànica 14/2003 va corregir la deficiència de la versió anterior i preveu en el paràgraf 5 de l'article 58, sense especificar cap dels dos casos de devolució previstos, que quan *la devolució no es pugui executar en el termini de 72 hores, es sol·licitarà de l'autoritat judicial la mesura d'internament prevista per als expedients d'expulsió*.

En relació als casos de devolució per haver intentat entrar il·legalment en el país, el Reial Decret 2393/2004, que estableix el reglament de desenvolupament de la Llei orgànica de drets i llibertats dels estrangers, preveu a l'article 157§1 b) que es consideraran inclosos dins de la categoria d'*estrangers que pretenguin entrar il·legalment en el país*, els estrangers que siguin *interceptats a la frontera o en les seves immediacions*⁸⁷. D'acord amb el reglament⁸⁸, l'internament té un límit temporal de 40 dies.

En els dos casos més freqüents d'internament de persones que han demanat asil en el país en presentar-se a la frontera o en intentar entrar a Espanya il·legalment, cal entendre que continua sent vàlida la interpretació que el Tribunal constitucional va fer de les disposicions de l'antiga Llei orgànica 7/1985 sobre drets i llibertats dels estrangers, en relació al paper del jutge que intervé en la detenció de les persones sotmeses a mesures d'allunyament. A la sentència núm. 115/1987 de 7 de juliol, que resolvia un recurs d'inconstitucionalitat contra la Llei orgànica 7/1985, el Tribunal va establir que quan a la llei es deia que l'autoritat governativa s'adreçaria al jutge *interessant* l'internament en casos d'expulsió mentre es tramitava l'execució de la mesura, el terme *interessar* havia de ser entès com *equivalent a demandar, sol·licitar del jutge l'autorització per a que pugui romandre detingut l'estranger més enllà de setanta dues hores*. En aquests casos, es deia també, l'òrgan judicial ha

d'adoptar lliurement la seva decisió tenint en compte les circumstàncies que concorren en el cas, entenent per aquestes no les relatives a la decisió d'expulsió en ella mateixa sinó les que es refereixen, entre altres aspectes, a la causa d'expulsió invocada, a la situació legal i personal de l'estranger, a la major o menor probabilitat

⁸⁷ La diferència, per tant, d'acord amb la normativa espanyola, entre la *devolució* i el *retorn*, quan aquesta afecta a demandants d'asil és que en el primer cas la persona ha pretès entrar a Espanya il·legalment o ha estat interceptat per les autoritats i, en el segon, la persona s'hauria presentat a la frontera per sol·licitar asil. En la seva versió anterior aquest precepte també va ser anul·lat per la sentència del Tribunal Suprem de 20 de març de 2003, ja que s'establí que també es consideraven estrangers que *pretenguessin entrar il·legalment en el país* a més dels estrangers interceptats a la frontera o entorn d'ella, aquells que ho fossin a l'*interior del territori nacional en trànsit o en ruta, sense complir amb els requisits d'entrada*; Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre. El Tribunal Suprem espanyol va considerar que *pretendre entrar* es refereix a una *temptativa d'entrada* i que això era incompatible amb la situació d'un estranger a l'*interior* del país.

⁸⁸ Article 153§5 Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000.

de la seva fugida o qualsevol altra que el jutge estimi rellevant per adoptar la seva decisió.

El Tribunal constitucional va determinar que en aquests casos *la disponibilitat sobre la pèrdua de llibertat és judicial* no obstant el caràcter administratiu de la decisió d'expulsió i de l'execució de la mateixa, i va afegir que

l'estranger respecte de la seva llibertat a partir de les setanta-dues hores es troba a la plena disponibilitat judicial, que cessarà en el moment en què el jutge mateix decideixi la posada en llibertat o en el moment que l'autoritat administrativa sol·liciti de l'òrgan judicial la tramesa del detingut per procedir a la seva efectiva expulsió.

D'aquesta manera, es deia que es possibilitava *sense restriccions l'actuació del jutge com a garant de la llibertat de la persona.*

En aquesta mateixa sentència, el Tribunal constitucional va reiterar també que l'internament dels estrangers *ha de regir-se pel principi d'excepcionalitat*, i que

aquest caràcter excepcional exigeix l'aplicació del criteri hermenèutic del favor libertatis, la qual cosa suposa que la llibertat ha de ser respectada llevat que s'estimi indispensable la pèrdua de llibertat de l'estranger per raons de cautela o prevenció, que hauran de ser valorades per l'òrgan judicial.

Pel que fa a l'abast del control, es diu que

la intervenció judicial no només controlarà el caràcter imprescindible de la pèrdua de llibertat, sinó que permetrà a l'interessat "presentar els seus mitjans de defensa", evitant així que la detenció presenti el caràcter d'un internament arbitrari⁸⁹.

En sentències posteriors, els tribunals interns han destacat les diferències *substancials* entre l'internament preventiu d'estrangers previ a la seva expulsió i les detencions preventives de caràcter penal, en funció del diferent paper de l'administració en un i altre cas (en el procediment d'expulsió la decisió final sobre la mateixa correspon a l'òrgan governatiu, i en les detencions preventives el detingut depèn pel que fa a la seva situació de decisions judicials posteriors) i, d'acord amb el Tribunal constitucional, han reiterat que la decisió judicial en relació amb la mesura d'internament de l'estranger ha de ser adoptada *mitjançant resolució judicial motivada, que ha de respectar els drets fonamentals de defensa⁹⁰.*

⁸⁹ TC (E), sentència de 7 de juliol de 1987, núm. 115/1987, §1, *Aranzadi Westlaw* RTC 1987\115. La idea expressada a la sentència núm. 155/1987 es reitera, per exemple, en una sentència de novembre de 1996 on s'atorga l'emparament en un cas en què es posa en dubte que una resolució judicial sobre l'internament d'un estranger hagi permès a l'interessat presentar els seus mitjans de defensa, *evitant així que la detenció presenti caràcter arbitrari*. Tribunal Constitucional (E), sentència de 12 de novembre de 1996, núm. 182/1996, § 3, *Aranzadi Westlaw* RTC 1996\182.

⁹⁰ Tribunal Superior de Justícia de Cantàbria, Sala Contenciosa administrativa (E), sentència de 27 de novembre de 1996, § 2-3, *Aranzadi Westlaw* RJCA 1996\1651. El Tribunal constitucional també va estimar l'empara en un cas on la detenció d'internament havia estat adoptada de forma col·lectiva per a vuit detinguts que no tenien relació entre ells amb *una motivació genèrica i sense cap concreció per a cada detingut*, TC (E), sentència de 26 de setembre de 1990, núm. 144/1990, § 5, *Aranzadi Westlaw* RTC 1990\144. En relació al procediment judicial per a aquesta autorització, Vicente José Martínez Pardo, *Detención e Internamiento de Extranjeros*, Madrid: Aranzadi, 2006, pàgs. 258-268.

c. França

591. LA POSADA A DISPOSICIÓ JUDICIAL DELS DEMANDANTS D'ASIL *MANTINGUTS EN ZONA D'ESPERA*. A França, la posada a disposició judicial dels estrangers que demanen asil en frontera també és una garantia prevista legalment per a les persones que hi són detingudes, en virtut del mandat contingut a l'article 66 de la Constitució francesa, que estableix que *l'autoritat judicial, guardiana de la llibertat individual, assegura el respecte del principi segons el qual ningú no podrà ser arbitràriament detingut, en les condicions previstes per la llei*⁹¹.

Tal com s'ha vist en capítols anteriors, actualment són els articles L.221-L.224 del *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile* els que regulen el manteniment en zona d'espera previ a l'admissió en el territori. Els demandants d'asil, igual que les persones que no són admeses immediatament en territori francès, no poden ser mantingudes en zona d'espera més enllà de quatre dies sense que això sigui autoritzat per part del jutge "de les llibertats i de la detenció". El jutge escolta les raons de l'autoritat administrativa sobre perquè encara no ha pogut fer-se el repatriament o s'ha decidit sobre la demanda d'asil i adopta una decisió després d'una audiència amb l'interessat, si de cas, amb presència del seu advocat (article L.222-3).

La *Cour de cassation* ha establert que, en aquests casos, el manteniment en zona d'espera més enllà de quatre dies és una *facultat*⁹² del jutge *judiciaire*, el qual *només pot decidir sobre el manteniment més enllà de quatre dies*⁹³. El jutge ha de considerar la *necessitat* de la prolongació de la detenció per autoritzar-la fins a vuit dies més, i només *excepcionalment* pot autoritzar el manteniment en detenció més enllà d'aquest període de dotze dies, fins a vuit dies més⁹⁴.

En el control de la *regularitat* i de les condicions de la detenció, el jutge que autoritza el manteniment d'aquesta en *zona d'espera* de demandants d'asil, examina el caràcter *manifestament infundat* o no de les sol·licituds d'asil, com a única possible justificació per a la situació de privació de llibertat. Els drets dels estrangers en aquest procés de control de la mesura de privació de llibertat, com el dret d'escollir un advocat o tenir-ne un d'ofici, i

⁹¹ L'article 66 de la Constitució francesa de 1958 estableix que *Nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi*.

⁹² Que el manteniment en *zona d'espera* d'un aeroport més enllà de quatre dies és una *facultat*, després que l'administració exposi la necessitat del manteniment, es diu per exemple, a *Cour de Cassation (Fr)*, 15 de novembre de 1995, *Préfet de la Seine-Saint-Denis c. Sylvie Isey Kodi, GP, Journal* núms. 16, 17 de 16, i 17 de gener de 1998, *Recueil bimestriel* núm. 1, gener-febrer 1998, *Jurisprudence* pàg. 35.

⁹³ *Cour de cassation (civil) (Fr)*, 9 de febrer de 1994, *Bayemi, Recueil Dalloz* 1994, pàg. 254.

⁹⁴ Com ha posat en relleu Catherine Teitgen-Colly, els tribunals francesos han considerat que no constitueixen *condicions excepcionals* en aquest sentit, el refús d'embarcament de l'estranger (*Cour d'Appel de Paris*, 6 d'agost de 1994, *Mayunga*), tot i que un doble refús d'embarcament sí ha estat considerat condició excepcional (*Cour Appel de Paris*, 24 de febrer de 1997); l'escassetat de vols (jutge delegat de Bobigny, 22 de maig de 1995, *Motumosi*); o la recerca d'un nou país d'acollida (*Cour d'Appel de Paris*, 13 de novembre de 1994, *Mandelarue*). Catherine Teitgen-Colly, "L'éloignement des étrangers et les article 5 et 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme", *loc. cit.*, pàg. 299.

les seves garanties, com l'accés a la demanda de prolongació de la detenció i a la resta de la documentació, així com el seu desenvolupament, les decisions del jutge i les apel·lacions, es regulen en un Decret de 17 de novembre de 2004⁹⁵.

La decisió del jutge es dicta immediatament i pot ser recorreguda per les parts o pel ministeri públic. Només el recurs presentat pel ministeri públic pot ser declarat suspensiu. El recurs davant del primer president de la cort d'apel·lació ha de ser presentat en el termini de vint-i-quatre hores per part de l'interessat o l'autoritat administrativa que ha dictat la detenció, o en el termini de quatre dies, si el presenta el ministeri públic i demana que l'apel·lació tingui efectes suspensius. El jutge competent per resoldre el recurs decideix sobre l'efecte suspensiu de l'apel·lació, i sobre el fons en un termini màxim de quaranta-vuit hores. Es preveu un ulterior recurs en cassació.

592. EL CONTROL JUDICIAL DE LES *RETENCIONS* PRÈVIES A L'ALLUNYAMENT. En el cas de les detencions prèvies a l'allunyament, anomenades a França *retencions*, l'article 552-1 del *Codi* també estableix que sigui el jutge "de les llibertats i de la detenció" qui autoritzi el perllongament de la privació de llibertat més enllà de quaranta-vuit hores des de la decisió administrativa (el termini s'escurça en aquest cas respecte del manteniment en *zona d'espera*, la qual cosa, *a priori*, hauria de significar una garantia major). Aquesta autorització es farà després de tenir audiència amb el representant de l'administració si hi és present (si ha estat degudament convocat), i amb l'interessat, en presència del seu advocat si n'hi ha, i després d'assegurar-se que l'interessat ha estat plenament informat del seus drets i que ha pogut fer-los valer. La *retenció* constitueix una modalitat d'execució d'una decisió d'allunyament, però és també una *mesura autònoma* i, com a tal, susceptible de recurs per part de la jurisdicció administrativa i judicial en l'àmbit de les seves respectives competències⁹⁶.

L'article 14 del Decret de 17 de novembre de 2004 preveu que, de tota manera,

el jutge de les llibertats i de la detenció pot, en qualsevol moment, després d'haver permès que l'autoritat administrativa presenti les seves observacions, per iniciativa pròpia o per demanda del ministeri públic, decidir la posada en llibertat de l'estranger quan circumstàncies de fet o de dret ho justifiquen.

A França, el control judicial de les mesures de detenció es troba dividit entre la competència del jutge *judiciaire* i la del *jutge administratiu*. El primer pot decidir la posada en llibertat dels estrangers detinguts, i així també dels demandants d'asil mantinguts en *zona internacional* quan legalment s'estableix la seva intervenció, per exemple, per autoritzar la prolongació de la privació de llibertat, i també si hi ha *voie de fait* de

⁹⁵ Décret n° 2004-1215 du 17 novembre 2004 fixant certaines modalités d'application des articles 35 bis et 35 ter de l'ordonnance n° 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.

⁹⁶ La intervenció del jutge no elimina el caràcter de decisió administrativa del manteniment en situació de retenció. Christian Bruschi, "La rétention", Hughes Fulchiron, *Les étrangers et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Paris: Librairie du Droit et de Jurisprudence, 1999, pàgs. 338-339.

l'administració⁹⁷. El segon examina, si de cas, la legalitat de les mesures d'allunyament o altres que justifiquen a parer de l'administració la detenció de persones estrangeres i, eventualment, la responsabilitat per actes il·legals de l'administració. En absència de *voie de fait*, com ha confirmat la decisió del *Tribunal des conflits* de 12 de maig de 1997, només el jutge de la jurisdicció administrativa tindrà competència per examinar les demandes de posada en llibertat de persones detingudes per una autoritat administrativa⁹⁸.

d. Itàlia

593. LA CONVALIDACIÓ JUDICIAL DE LES MESURES DE DETENCIÓ DELS ESTRANGERS SOTMESOS A MESURES D'ALLUNYAMENT DEL TERRITORI. A Itàlia, només estan sotmesos a un règim de detenció en el sentit estricte (reclusió en un lloc tancat, del qual no n'és permès sortir, malgrat no tenir caràcter penitenciari) els demandants d'asil que ja són destinataris de mesures d'expulsió o d'allunyament⁹⁹. Per aquest motiu, només en aquests casos es preveu un control judicial de la detenció.

Dels casos previstos a l'article 1bis de la *Legge* n. 39 de 1990 (introduïts per la *legge* n. 189 de 2002)¹⁰⁰, en els quatre primers no es preveu expressament, com en el cas de detenció coactiva del supòsit cinquè, la necessitat que es trameti al jutge l'acte de detenció per a que el convalidi després que el detingut hi hagi accedit en audiència. Això pot conduir a situacions de violacions importants de drets constitucionals i corre el risc de convertir-se en una forma de *detenció administrativa*¹⁰¹.

En el darrer dels casos previstos a l'article 1bis, quan el demandant d'asil ha estat objecte d'una mesura d'allunyament o expulsió, la detenció es farà en un *centre d'estada temporal* d'acord amb el que es preveu a l'article 14 del *Decreto legislativo* n. 286 de 25 de juliol de 1998¹⁰². En aquests casos, el demandant d'asil és detingut (o

⁹⁷ Els tribunals de caràcter civil han considerat *voie de fait* i disposat la posada en llibertat, per exemple, d'estrangers consignats a bord de vaixells, Tribunal de Grande Instance de Paris (Fr), *référé*s 29 de juny de 1994, *U.D.A.F. c. Ministère de l'Intérieur, GP, Journal* de 25 d'agost de 1994, *Recueil bimestriel* núm. 4, juliol-agost de 1994, *Jurisprudence*, pàgs. 587-588.

⁹⁸ Tribunal des conflits (Fr), 12 de maig de 1997, *Préfet de police de Paris c. Tribunal de Grande Instance de Paris, GP, Journal* de 27-28 de juny de 1997, *Recueil bimestriel* núm. 3, maig-juny de 1997, *Jurisprudence*, pàgs. 392-393.

⁹⁹ Els demandants d'asil de l'apartat e, d'acord amb el llistat *Supra* XIII.C.2.e.

¹⁰⁰ Com s'ha vist en el Capítol anterior, aquests casos són: (a) quan calgui verificar la nacionalitat o la identitat del demandant, si no està en possessió del document de viatge o d'identitat, o va presentar documentació falsa quan va arribar; (b) quan calgui verificar elements en els que es basa la demanda d'asil, si no estan immediatament disponibles; (c) mentre es desenvolupa el procediment per establir el dret d'entrar en el territori; i (d) quan el demandant d'asil hagi presentat la demanda mentre estava detingut per haver eludit o haver provat d'eludir el control fronterer, o estigui en situació d'estada il·legal.

¹⁰¹ Magistratura democratica / Associazione per gli studi giuridici sull'immigrazione, *Espulsione, Accompagnamento alla frontiera e trattenimento dello straniero. La Normativa dopo la Legge N.271 del 2004*, pàg. 88.

¹⁰² Tal com es preveu als articles 1bis §4 i 1 ter §3 de la *legge Martelli* n. 39 de 1990, introduït per la *Legge 30 luglio 2002, n° 198*, article 32.

mantingut en situació de detenció si estava a l'espera de l'execució de la mesura d'expulsió) i, com a màxim en quaranta-vuit hores, el *questore* del lloc on es troba el centre transmet còpia de l'actuació al jutge de pau territorialment competent per a que la convalidi¹⁰³. La convalidació per part del jutge ha de tenir lloc en el termini de quaranta-vuit hores després de fer-se una audiència amb el detingut i el seu advocat. Si no es respecta aquest termini la mesura de detenció cessa de tenir efecte¹⁰⁴. La convalidació comporta la permanència en el centre per a un període de vint dies, que el jutge pot prorrogar per deu dies, i per trenta dies des de la presentació de la demanda d'asil. Contra la decisió de la convalidació es pot presentar recurs de cassació, que no és suspensiu.

e. Bèlgica

594. CONTROL MENSUAL A INSTÀNCIA DE PART DE LA DETENCIÓ. A Bèlgica, al contrari que a França i a Itàlia, no es preveu un control de la detenció dels estrangers automàtic per part del jutge, sinó només la possibilitat que les persones privades de llibertat sol·licitin mensualment el control jurisdiccional de la legalitat de la detenció.

Poden ser detingudes per un període màxim de dos mesos:

- a. les persones que demanen asil a la frontera si Bèlgica no és responsable de l'examen de la sol·licitud (segons l'article 51/5, apartat 4 de la *Loi* de 15 de desembre de 1980);
- b. els estrangers que proven d'entrar en el territori sense complir els requisits necessaris i reclamen ser reconeguts a la frontera com a refugiats (article 74/5 § 1 apartat segon); i
- c. els que es troben irregularment en el territori (article 74/6¹⁰⁵).

Tal com disposen els articles 74/5 i 74/6 de la *Loi* de 15 de desembre de 1980, el ministre o el seu delegat poden prolongar la detenció per períodes de dos mesos, fins a un màxim de cinc i, després, per períodes mensuals fins a un màxim de vuit, si la salvaguarda de l'ordre públic o de la seguretat nacional ho exigeixen. Per a això és necessari que es compleixin determinats requisits:

1. que la detenció estigui limitada al temps *estricte*ment necessari per a l'execució de la mesura d'allunyament;
2. que s'hagin endegat els tràmits necessaris per a l'allunyament de l'estranger

¹⁰³ La competència del jutge de pau va ser establerta per l'article 14.3 del *Decreto legislativo* n. 286 de 25 de juliol de 1998 d'acord amb la modificació de la *Legge 12 novembre 2004, n.271 "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 14 settembre 2004, n.241, recante disposizioni urgenti in materia di immigrazione"*, *Gazzetta Ufficiale* n.267 del 13 de novembre de 2004.

¹⁰⁴ Article 14§4 del *Decreto legislativo* n. 286 de 25 de juliol de 1998 d'acord amb la nova redacció d'aquest paràgraf de la *Legge 12 novembre 2004, n.271*.

¹⁰⁵ *Loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, Dernière modification: loi de 2 août 2002, Moniteur Belge, 29 VIII 2002.*

- en els set dies laborables següents a la detenció;
3. que es condueixin amb la diligència adequada; i
 4. que l'allunyament efectiu de l'estranger sigui encara possible en un termini raonable.

No es preveu que per a la prolongació de la detenció hi intervingui necessàriament una autoritat jurisdiccional, però l'article 71 de la *Loi* de 15 de desembre de 1980 estableix la possibilitat d'apel·lar contra mesures de detenció i/o les seves prolongacions dictades per l'administració, davant de la *Chambre du Conseil du Tribunal Correctionnel* del lloc on es trobi la persona detinguda o del lloc on ha estat trobada. Contra la seva decisió es pot presentar recurs davant la *Cour d'Appel* i després davant la *Cour de Cassation*.

L'interessat pot introduir un recurs cada mes contra el seu manteniment en detenció i, per tant, el control jurisdiccional del manteniment en situació de privació de llibertat podrà ser mensual a instància del detingut.

L'article 72 de la *Loi* de 15 de desembre de 1980 disposa expressament que la *Chambre du Conseil* es pronunciarà sobre la legalitat de les mesures privatives de llibertat i l'allunyament, i que no ho farà sobre la seva oportunitat. La jurisprudència ha anat perfilant les possibilitats d'un examen del fons de la decisió del manteniment en situació de detenció i, pel que fa a l'anàlisi formal, ha reforçat la garantia de la motivació de la decisió administrativa¹⁰⁶. Els criteris que justifiquen el manteniment en situació de privació de llibertat de persones estrangeres exigeixen del jutge que faci avinent i sancioni un *error manifest d'apreciació*, o el *caràcter no raonable de l'apreciació de l'administració* en criteris com el de la possibilitat de procedir efectivament a l'allunyament en un termini raonable¹⁰⁷.

La dicotomia oportunitat/legalitat perd progressivament importància a la pràctica, com ha destacat la doctrina, davant de la necessitat del jutge d'exercir un control de *proporcionalitat* per configurar un *equilibri constantment imperfecte* entre el valor llibertat i la necessitat de fer complir la normativa d'immigració dels estats¹⁰⁸.

¹⁰⁶ En aquest sentit, per exemple, el 18 de desembre de 1996, la *Cour de Cassation* va sancionar per primera vegada en aquest tipus de contenciós la manca de motivació d'una decisió de detenció d'un estranger en situació irregular. *Cour de Cassation* (2^a chambre) (B), 18 de desembre de 1996, *Ceylan, Journal des Tribunaux*, núm. 5834, 8 de març de 1997, pàg. 173.

¹⁰⁷ Sylvie Sarolea, "La motivation du placement en détention d'étrangers en situation irrégulière: de la dichotomie légalité-opportunité au contrôle de la proportionnalité", *Journal des Tribunaux*, núm. 5834, 8 de març de 1997, pàg. 170.

¹⁰⁸ *Ibidem*, pàg. 171.

Detenció	Detenció de demandants d'asil				Control judicial de la detenció		
	a		b		automàtic	a instància de part	
	detenció prèvia a l'admissió en el territori	mesura aplicable	temps màxim	detenció prèvia a l'allunyament		específic	comú per als detinguts- Habeas corpus
		mesura aplicable		mesura aplicable			
Alemanya	sí	sí	19 dies	sí	Inicial i cada 3 mesos	Recurs contra decisió de detenció	
Bèlgica	sí	sí	2 mesos	sí	no	Sí, es pot presentar un cop cada mes (3 instàncies)	
Espanya	sí	sí	7 dies	sí	(b) al cap de 72 hores	Recurs contra decisió d'internament	Habeas corpus
França	sí	sí	20 dies (24 si la dda. d'asil es presenta en els 4 darrers dies)	sí	(a) al cap de 4 dies, pròrroga judicial per 8+8 dies (b) al cap de 48 h.	Recurs contra decisió de retenció (voie de fait)	
Itàlia	no hi ha privació de llibertat estricta	sí	20 dies	sí	En 48h. convalidació judicial	Recurs de cassació contra la convalidació. No suspensiu	
Regne Unit	sí	sí	no	sí	no	·Llibertat sota fiança ·Recurs judicial contra decisió de detenció	Habeas corpus
ACNUR	Detenció dels demandants d'asil excepcional. Criteris: 1. necessitat 2. raonabilitat 3. proporcionalitat 4. no discriminació Detenció per un període mínim, raonable de temps, previst per llei				sí	sí	sí, si es preveu en les mesures d'internament (pº no discriminació)
Directiva 2003/9/CE	Requisits: 1. necessitat a) per motius jurídics b) ordre públic 2. legalitat (no s'estableix com a requisit mínim la previsió d'un màxim de durada)				no	no	Recurs davant d'una instància judicial



CAPÍTOL XV L'ESTATUT EUROPEU DELS DEMANDANT D'ASIL RESPECTE DE LES MESURES D'ALLUNYAMENT

595. Per a un demandant d'asil que ha arribat a atansar el territori d'un estat d'asil provisional o espais sotmesos a la seva jurisdicció són especialment importants les garanties que té respecte de les mesures que l'estat pugui aplicar per allunyar-lo del país. La sortida del demandant d'asil d'aquests espais o l'acabament de la relació d'autoritat entre l'estat d'asil i el demandant comporta que aquest deixi de gaudir de l'estatut inherent a la seva condició d'estranger especialment protegit.

Com s'ha vist en el Capítol VII, des de la perspectiva de l'accés a una protecció provisional, els demandants d'asil estan protegits com a refugiats o com a víctimes potencials de tractaments contraris a drets humans bàsics contra les mesures constitutives de *refoulement* en virtut de la Convenció de Ginebra, i d'altres instruments i normes internacionals. En aquest Capítol el punt de partida no és l'accés a la protecció o l'entrada efectiva del demandant d'asil en l'estat d'asil o sota la seva autoritat, fins i tot quan aquesta prové de la impossibilitat d'allunyar qui està sota la pròpia jurisdicció, sinó la finalització d'aquesta relació per mitjà de mesures que de fet situen el demandant d'asil fora de l'àmbit jurisdiccional de l'estat i comporten també l'acabament de la protecció provisional.

En els drets interns dels estats i el Dret internacional s'empren molts i molt diversos termes per tal de fer referència a l'allunyament d'estrangers del territori d'un estat. L'expressió *allunyament* és la més genèrica de tots ells i atansa tant la *devolució* o el *retorn* de persones que no han estat admeses a entrar en el país; com també l'expulsió, l'exili, el desplaçament, l'èxode, la deportació, l'extradició, el trasllat extrajudicial, i el trasllat extraordinari¹. Totes aquestes mesures poden afectar els demandants d'asil i, en general, sense ànim de resoldre amb pautes precises una qüestió lluny d'estar totalment clara, es pot distingir entre (a) l'allunyament que es produeix en el cas de persones que bé tot just han entrat físicament en el país però que no hi han estat formalment admeses, o bé que hi són des de fa un temps però que es troben il·legalment en el país (retorn, devolució²); (b) l'allunyament del país vinculat a algun tipus de sanció de tipus administratiu o penal (normalment substitutiu de la pena o càstig), o que implementa un règim preventiu o sancionador relatiu a la preservació de

¹ El llistat s'extreu de Comisión de Derecho Internacional, 57^o període de sessions, *Informe preliminar sobre la expulsión de los extranjeros presentado por el Sr. Maurice Kamto, Relator Especial*, 4 de abril de 2005, A/CN.4/554, Annex I.

² Fent una interpretació estricta, el *retorn* s'aplicaria més aviat en el primer cas i la *devolució* en el segon; corresponent-se, respectivament, al *refoulement* i a la *reconduite à la frontière* del Dret francès (en Dret anglès s'acostuma a emprar per als dos supòsits l'expressió *return*).

la seguretat o l'ordre públic (expulsió, deportació); i (c) les mesures de cooperació penal o de policia entre dues administracions que comporta que una persona condemnada o buscada per la comissió de determinades infraccions sigui tramesa de l'estat en què es troba a un altre en aplicació d'un acord internacional (extradició i figures afins)³. La deportació és una terminologia emprada en determinats casos d'expulsió, sovint de tipus col·lectiu i, moltes vegades, relacionada amb estats de conflicte en què una part de la població és desplaçada del lloc de residència habitual per raons d'ocupació, de depuració ètnica, de destrucció del medi, o altres. Malgrat això, també hi ha qui empra aquesta expressió per fer referència a totes les mesures d'allunyament no voluntari d'estrangers⁴.

596. En aquest Capítol no es tractaran les mesures d'allunyament que es produeixen majoritàriament en situacions de conflicte armat contemplades pel Dret Internacional humanitari, que eventualment poden afectar els demandants d'asil, com la deportació, ni tampoc de forma específica l'extradició. Tampoc s'examinaran els perfils de les diferents mesures d'allunyament que poden afectar els demandants d'asil, sinó que es tractarà la qüestió des de la perspectiva d'un dels efectes de les mesures aplicades: l'allunyament de la persona provisionalment protegida del territori de l'estat d'asil o de l'àmbit de la seva jurisdicció. Poc importa respecte d'això que els estats les anomenin d'una forma o altre d'acord amb criteris derivats de política jurídica interna⁵. Malgrat això, com s'ha dit, no entra dins de l'àmbit d'estudi d'aquest treball l'examen

³ Per a una descripció de les diferents formes a través de les quals un estranger pot abandonar el territori de l'estat on es troba, Ángel G. Chueca Sancho, *La expulsión de extranjeros en la Convención Europea de Derechos Humanos*, Zaragoza: Egido Editorial, 1998, pàgs. 19-20.

⁴ Matthew J. Gibney i Randall Hansen empenen el terme *deportation* com a oposat a *voluntary return*, cosa que el faria abastar tots els supòsits d'expulsió i allunyament no consentit per part de la persona, entre els quals, el retorn des de les fronteres o la devolució o des de qualsevol lloc. Matthew J. Gibney, Randall Hansen, "Deportation and the liberal state: the forcible return of asylum seekers and unlawful migrants in Canada, Germany and the United States", *New issues in Refugee research, Working Paper N° 77*, UNHCR Evaluation and Policy Analysis Unit, febrer de 2003, pàg. 2-3/19.

⁵ A Espanya, com s'ha vist, es distingeix entre el retorn, la devolució, i l'expulsió. El *retorn* pertoca quan l'estranger es presenta en un lloc fronterer habilitat i no se li permet l'entrada perquè no compleix els requisits exigits per entrar (article 156 del Reglament de la Llei orgànica 4/2000, RD 2393/2004); la *devolució* suposa l'allunyament dels estrangers que havent estat expulsats contravenen la prohibició d'entrada a Espanya i els que pretenen entrar il·legalment en el país o són interceptats (article 157 del Reglament de la Llei orgànica 4/2000, RD 2393/2004); i l'*expulsió* consisteix en una sanció substitutiva que comporta l'allunyament d'un estranger que ha comès infraccions tipificades com a molt greus [article 54 de la LO 4/2000] o greus [apartats a), b), c), d) i f) de l'article 53 de la LO 4/2000] (article 57 de la LO 4/2000). Tant la devolució com l'expulsió duen aparellades la *prohibició d'entrada* en el territori espanyol, per a un període màxim de tres anys en el primer cas, i per a un període mínim de tres anys i màxim de deu en el segon (article 58§1 i §6 de la LO 4/2000). D'acord amb la Llei 4/2000 la *sortida* és obligatòria en cas d'expulsió judicial, d'expulsió o devolució administrativa i de denegació administrativa de les sol·licituds per part dels estrangers per tal de continuar restant en territori espanyol, o en cas de manca d'autorització administrativa per a l'estada (article 28 de la Llei orgànica 4/2000). Des d'un punt de vista conceptual cal entendre que en el cas del retorn també la *sortida física* és obligatòria malgrat que no l'administrativa, car es parteix de la ficció que l'estranger mai no ha entrat en el país mentre estava a la frontera.

específic de les mesures d'allunyament que s'apliquen en situacions excepcionals pel que fa al context, com en cas de conflicte armat, o pel que fa a la persona, com en el cas de l'extradició.

En general, per tal de fer referència a les mesures que tenen per efecte l'*allunyament* dels demandants d'asil s'emprarà aquest terme, malgrat no estar consagrat com a *concepte jurídic*⁶. L'avantatge que té respecte de l'expressió *expulsió*, també emprada sovint de forma genèrica i gairebé com a sinònim, és que abasta més fàcilment les mesures de retorn o devolució de persones que s'entén que no es troben *legalment* en el país (o que s'entén simplement que jurídicament *no hi són*), perquè no han estat mai admeses a entrar formalment. Com es defensarà més endavant, d'això no pot inferir-se que s'hi trobin sempre *il·legalment* o *il·legítimament*. En general, l'expressió *expulsió* té una connotació d'ordre públic, de seguretat nacional que es considera que la mesura coadjuva a preservar, però, en la mesura que les expulsions també estan previstes per a les persones que es troben *il·legalment* en un país, tenint en compte el context migratori real dels estats occidentals i els greuges administratius que s'hi donen, aquesta paraula no pot únicament emprar-se en aquesta accepció. Això no obsta per fer referència en endavant, també al dret d'*expulsar* dels estats o al dret de no ser *expulsats* del demandants d'asil en la mesura que l'acceptació d'aquesta terminologia és més gran ja que expressa conceptes jurídics més consolidats i que nomena també de forma àmplia el concepte de l'allunyament.

Certament, avui en dia, l'expressió *expulsió* acostuma ser interpretada en un sentit diferent del retorn en frontera però no sempre ha estat així, cosa que demostra que hom s'està referint sempre a l'allunyament/expulsió d'una persona *del* territori d'un estat⁷.

Com molt acuradament ha assenyalat Giorgio Gaja,

L'expulsió ha estat tradicionalment distingida del retorn («refoulement») perquè el retorn, a diferència de l'expulsió, representa una mesura coercitiva que denega a un individu l'admissió en el territori de l'estat. No obstant, això no necessàriament implica que l'individu serà expulsat i no retornat, un cop hagi posat els peus en el territori. L'individu podrà per exemple ser considerat com a retornat fins i tot quan ha atansat un aeroport internacional en el territori de l'estat que adopta la mesura. El retorn únicament implica que l'immigrant ha estat interceptat a la frontera o prop d'ella en una immigració de curta durada i que ha estat forçat a anar-se'n⁸.

És a dir que la persona podrà ser *considerada com a* retornada quan, en realitat, la

⁶ CssiDI, *Informe preliminar sobre la expulsión de los extranjeros presentado por el Sr. Maurice Kamto, Relator Especial*, loc. cit., A/CN.4/554, §12.

⁷ Per exemple, es refereix a que l'expulsió d'un estranger es pot fer *temporalment* per part de les autoritats de l'estat *en la frontera*, quan sorprenen un individu ja expulsat, que intenti tornar al país, o bé quan es tenen motius suficients per l'absència de títols o documents útils per justificar la seva identitat; Pasquale Fiore, *Tratado de Derecho Penal Internacional y de la extradición* (traduït per la direcció de la revista), Madrid: Imprenta de la revista de legislación, 1880 §90, pàg. 76.

⁸ Giorgio Gaja, "Expulsion of Aliens: Some Old and New Issues in International Law", *CEBDI*, vol. III, 1999, pàgs. 290-291.

no admissió i el *retorn* quan de fet s'és en el país té els mateixos efectes que l'expulsió, perquè l'allunyament es fa *des del* país d'acollida (encara que aquesta acollida hagi tingut una durada molt curta).

L'objecte d'aquest Capítol és, primer, establir les bases relatives a les mesures d'allunyament dels estrangers en general en Dret internacional que poden aplicar-se als demandants d'asil o a les persones que han estat en l'estat a títol d'asil provisional però respecte de qui ja ha recaigut una decisió definitiva denegant la protecció que es requeria (A). Després s'analitzaran les garanties substantives que el Dret internacional proporciona als demandants d'asil, però també als estrangers en general davant de les mesures d'allunyament del territori, especialment en el context del sistema europeu de protecció dels drets humans i les llibertats fonamentals (B). I, finalment, es valorarà fins a quin punt, en l'estat actual d'evolució de la construcció europea i de la jurisprudència del Tribunal europeu de drets humans està garantida a la Unió Europea la protecció dels demandants d'asil que es deriva del sistema europeu de garantia en relació amb les mesures d'allunyament que els afecten (C).

A. EL DRET DELS ESTATS D'EXPULSAR LES PERSONES ESTRANGERES

597. En Dret internacional s'entén que per a l'estat és un atribut inherent a la seva sobirania el dret d'exercir un control sobre l'entrada, l'estada i l'allunyament del territori de les persones estrangeres sotmeses a la seva jurisdicció, en funció de les competències territorials i personals, com s'ha vist en el Capítol VI. La potestat d'allunyar les persones estrangeres del territori és, per tant, un *dret* de l'estat. Aquest dret, però, tot i que discrecional, no es pot exercir al marge de les obligacions convencionals i consuetudinàries del Dret internacional. En la mesura de l'evolució d'aquestes, el marge de discrecionalitat de l'estat s'ha anat reduint progressivament fins a configurar-se un dret dels estrangers de no ser allunyats d'un país del qual no són nacionals quan es donen determinades circumstàncies.

En part de resultes del perfeccionament progressiu d'aquest dret dels estrangers de no ser expulsats quan són en joc drets humans fonamentals i, en part perquè l'execució efectiva de l'allunyament és cada cop més difícil per la manca de la documentació requerida i per manca de col·laboració per part dels estats de retorn, en els estats occidentals hi ha una diferència creixent entre el nombre de demandants d'asil refusats i el nombre de persones que són allunyades. Aquest fet no fa, però, que els estats deixin de cercar estratègies efectives per expulsar a les persones estrangeres excloses de la comunitat o que no són admeses a entrar en ella ni tant sols provisionalment. Els estats, com expressen Matthew J. Gibney i Randall Hansen, han acceptat entrar en règims de *límits a la sobirania autoimposats* que cada cop condicionen més els seus poders d'expulsió, cosa que els duu a una actitud esquizofrènica respecte del control i

l'expulsió que és part d'una certa *paradoxa liberal*⁹.

1. El dret dels estats d'expulsar els estrangers en Dret Internacional

598. De la mateixa manera que hi ha un acord generalitzat sobre que els estats tenen, en principi, un dret discrecional inherent a la seva sobirania de regular i determinar l'entrada i l'admissió dels estrangers en el seu territori, també s'entén, com a *vessant natural i lògica* d'aquest dret, que tenen un dret consuetudinari d'expulsar els estrangers¹⁰. Aquest dret ha estat reconegut doctrinalment i per part de jurisprudència internacional.

Ja l'any 1888, l'*Institut de Droit International* va expressar en un projecte de declaració sobre el *dret d'expulsió dels estrangers* que

*En principi, tot estat sobirà pot regular l'admissió i l'expulsió dels estrangers de la forma que jutgi convenient; tot i que és conforme a la fe pública que els estrangers siguin avisats, prèviament, de les regles generals que l'estat es proposa seguir en l'exercici d'aquest dret*¹¹.

Per part de la doctrina diversos autors també han anat desenvolupant els contorns del dret o la *llibertat no absoluta*¹² dels estats d'expulsar els estrangers. En especial, destaca la contribució de Guy S. Goodwin-Gill feta a través d'un article publicat a mitjans dels anys setanta en el *British Year Book of International Law*¹³. Hom està força d'acord en què el dret internacional consuetudinari no proporciona regles detallades sobre l'expulsió, però que en tot cas prohibeix l'abús de dret dels estats d'actuar arbitràriament¹⁴. Les competències dels estats d'altra banda han d'exercir-se respectant les competències dels altres, cosa que també pot interferir en la llibertat dels estats pel que fa a les expulsions¹⁵. Les limitacions que el dret internacional imposa a les expulsions dels estrangers són més estrictes en el cas de les persones que es troben

⁹ Matthew J. Gibney, Randall Hansen, "Deportation and the liberal state: the forcible return of asylum seekers and unlawful migrants in Canada, Germany and the United States", *loc. cit.*, pàg. 10-13.

¹⁰ CssiDI, *Informe preliminar sobre la expulsión de los extranjeros presentado por el Sr. Maurice Kamto, Relator Especial*, *loc. cit.*, A/CN.4/554, §15.

¹¹ IDI, *Projet de Déclaration internationale relative au droit d'expulsion des étrangers*, Sessió de Lausana, 1888, article 1.

¹² Com l'anomena Bruno Nascimbene, *Il Trattamento dello straniero nel diritto internazionale ed europeo*, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1984, pàg. 241.

¹³ Guy S. Goodwin-Gill, "The Limits of the Power of expulsion in Public International Law", *BYBIL*, vo. 47, 1974-1975, pàgs. 55-156. També del mateix autor, *International Law and the Movement of Persons between States* (Part III), Oxford: Oxford University Press, 1978, pàgs. 201-310.

¹⁴ Malgrat que la línia entre discreció i arbitriarietat sigui elàstica, aquesta existeix, com apunten Sir Robert Jennings i Sir Arthur Watts (eds.), *Oppenheim's International Law*, 9ª ed., vol. I, Essex: Longman, 1992, pàg. 941.

¹⁵ Jean Turpin, *Nouveaux aspects juridiques de l'asile politique*, Paris: Librairie Orientale et Américaine G.P. Maisonneuve, 1937, pàg. 136.

legalment en el territori de l'estat, és dir que respecten els requisits que imposa la normativa interna d'aquests, però això no significa que en el cas dels immigrants en situació il·legal l'expulsió pugui ser totalment lliure, sobretot en el cas de persones la presència de les quals ha estat tolerada en el país¹⁶.

També hi ha un cert consens en què no és tant necessari que els estats al·leguin raons legítimes per expulsar els estrangers com que el procediment d'expulsió s'ajusti a determinats requeriments¹⁷. Per a alguns autors, de tota manera, la justificació de l'expulsió és requerida pel mateix exercici de poder de l'estat i la *funció* que compleix la mesura, *protegir els interessos essencials de l'estat*¹⁸, així com també per la *bona fe*¹⁹.

Els estats, d'altra banda, es considera que tampoc no poden realitzar expulsions massives d'estrangers i, per això mateix tampoc poden expulsar *massivament* refugiats ni demandants d'asil sense tenir en compte degudament la situació particular de cada persona²⁰.

599. L'EXPULSIÓ EN DRET INTERNACIONAL CONSUETUDINARI. Recollint el testimoni d'alguns d'aquests autors, el Tribunal per a les reclamacions Iran-EEUU d'Amèrica establert l'any 1981, va acarar en diverses ocasions les demandes de persones que al·legaven haver estat expulsades contravenint les normes generals de Dret internacional per causa dels fets revolucionaris de 1979. El Tribunal va establir que el Dret internacional imposava algunes restriccions en l'exercici del dret dels estats d'expulsar els estrangers, sobretot respecte de la forma de fer-les efectives.

D'acord amb el Tribunal estan prohibides les expulsions arbitràries i discriminatòries. La responsabilitat de l'estat, però, només estarà compromesa si se li poden atribuir mesures específiques que directament o indirecta condueixin a l'allunyament, i no perquè hi hagi hagut danys de resultes de disturbis i fets revolucionaris no imputables a l'estat. En el cas Rankin, el tribunal va establir com a regla general que

D'acord amb la pràctica dels estats, els escrits de la doctrina, les decisions de tribunals internacionals, i les disposicions de tractats bilaterals com les contingudes al Tractat d'amistat, relacions econòmiques i drets consulars de 1955 entre Iran i els EEUU que va entrar en vigor el 16 de juny de 1957, el dret

¹⁶ District Court (Massachusetts, EEUU d'Amèrica), sentència de 13 de novembre de 1953, afer *Roggenbuhl v. Lusby et al. (The Malden)*, §344, *ILR*, vol. 20, 1953 (1981), pàg. 283.

¹⁷ Per exemple, D.P. O'Connell, *International Law*, vol. 2, 2^{ona} ed., London: Stevens & Sons, 1970, pàg. 707.

¹⁸ Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, *op. cit.*, pàgs. 228.

¹⁹ Guy S. Goodwin-Gill, "The Limits of the Power of expulsion in Public International Law", *loc. cit.*, pàg. 121.

²⁰ Sobre la prohibició d'expulsions massives, Jean-Marie Henckaerts, "The Current Status and Content of the Prohibition of Mass Expulsion of Aliens", *HRLJ*, vol. 15, núms. 8-10, 1994, pàgs. 301-317; i *id.*, *Mass Expulsion in Modern International Law and Practice*, La Haia, Boston, Londres: Martinus Nijhoff Publishers, 1995, pàgs. 99-107, respecte del cas dels refugiats.

internacional imposa certes restriccions a les circumstàncies i a la manera com un estat pot expulsar estrangers del seu territori. Un demandant que al·lega l'expulsió té la càrrega de provar la il·legalitat de l'acció d'expulsió de l'estat, en altres paraules, que era arbitrària, discriminatòria o que vulnerava les obligacions convencionals de l'estat. Aquestes restriccions han estat normalment considerades en el context de mesures específiques adreçades contra un individu que emanaven directament de l'estat o legalment atribuïbles a ell. Això no obstant, aquests principis generals s'apliquen igualment a situacions en què, tot i que no hi ha cap precepte de dret, reglamentació o directriu que forci l'individu estranger a marxar, la continuació de la seva presència en l'estat hoste esdevé impossible perquè les condicions generades per actes il·legals de l'estat o que li són atribuïbles²¹.

En aquest afer, el tribunal també va establir una divisió per fases del moviment revolucionari entre el període anterior i posterior al retorn a l'Iran de l'ayatollah Khomeini el febrer de 1979. D'acord amb el tribunal, en el període anterior a aquesta data, els líders religiosos certament llençaven consignes antiamericanes i es va crear un estat d'animadversió respecte dels nordamericans amb l'objectiu d'afavorir l'enderrocament del règim del Shah, però els fets no demostraven que existís una *política general d'expulsió* respecte dels estrangers²². Després del retorn de Khomeini es va considerar que sí que hi havia fets que provaven la crida expressa envers l'allunyament dels estrangers per part del nou govern. Malgrat tot, això no significava, d'acord amb el tribunal, que totes les expulsions o els allunyaments produïts a partir del febrer de 1979 fossin contraris al dret internacional²³.

Un dels elements més significatius de la jurisprudència d'aquest tribunal, a banda de l'acceptació formal de la tesi que el dret d'expulsar els estrangers està limitat pel dret internacional i per tant, no és enterament discrecional, va ser que s'acceptava que l'expulsió no necessàriament havia de ser el resultat d'un acte formal i oficial de l'estat directament adreçat a l'allunyament, sinó que l'estat també podia ser considerat responsable d'expulsions indirectament produïdes. La qüestió era si els fets causants de l'expulsió podien ser atribuïts a l'estat, directament o indirecta

En el supòsit clàssic, l'expulsió d'un estranger s'efectua amb una ordre legal emanada per autoritats estatals que obliga l'estranger a marxar de l'estat hoste o que fa que sigui allunyat forçosament d'una altra manera. Una expulsió pot també ser el resultat d'una acció forçosa de la policia o d'un altre òrgan de l'estat no autoritzat formalment per les autoritats competents. Finalment, un estranger pot també ser considerat il·legalment expulsat mancant una ordre o una acció

²¹ Iran-United Status Claims Tribunal (chamber 2), laude de 3 de novembre de 1987, afer *Rankin v. The Islamic Republic of Iran*, núm. 10913, §22, *ILR* vol. 82, 1990, pàg. 214.

²² *Ibidem*, §30. En aquest sentit, *The Tribunal recognizes the difficulties of determining motivation in circumstances that occurred log ago and that involved a multiplicity of factors, many subjective. Nevertheless, the question of causation cannot be ignored, as the Respondent can be held liable for damages only if wrongful actions attributable to it were a substantial factor for causing the damages* (§34).

²³ També sobre aquesta qüestió, Rahmatullah Khan, *The Iran-United States Claims Tribunal. Controversies, Cases and Contribution*, Dordrecht, Boston, Londres: Martinus Nijhoff Publishers, 1990, pàgs. 160-166.

*específica de l'estat, quan, en les circumstàncies del cas, es pot raonablement considerar que l'estranger no tenia cap altre opció que marxar i quan els actes que duen a aquest allunyament són atribuïbles a l'estat*²⁴.

En el cas *Yeager*, la qüestió principal que va resoldre el tribunal va ser precisament la relativa a l'atribució de la responsabilitat per l'allunyament del demandant. El demandant va al·legar que l'antiamericanisme creixent recolzat pels líders dels moviment revolucionari va conduir a una expulsió *de facto* dels nacionals dels EEUU d'Amèrica de l'Iran. El tribunal va considerar que no calia considerar si l'expulsió havia estat *de facto*, sinó quins eren els fets que havien conduït a l'allunyament i si eren atribuïbles al govern iranià. En aquell cas uns *guardians de la revolució* van conduir forçosament el demandant i els membres de la seva família a l'hotel *Hilton* el 13 de febrer d'on van ser evacuats cap als EEUU d'Amèrica el 17 de febrer. En el moment de deixar la seva llar van tenir mitja hora per agafar les seves pertinències; després no van poder-hi tornar. El tribunal va contribuir a fer evolucionar els principis sobre l'atribució de la responsabilitat de l'estat²⁵ en considerar que, tot i no ser agents oficials, els *guardians* actuaven en nom del govern i eren tolerats per ell car era impossible que una operació d'aquella naturalesa i envergadura fos desconeguda pel nou govern:

el tribunal està convençut que els "guardians de la revolució" van forçar el demandant a anar a l'hotel Hilton d'on van haver de marxar de l'Iran en un vol d'evacuació el 17 de febrer de 1979. Aquesta conducta, d'acord amb el tribunal, constitueix una expulsió de iure en virtut d'una ordre expressa o implícita.

És opinió predominant que un estat té una ampla discreció en expulsar els estrangers. No obstant, alguns estàndards mínims substantius i procedimentals són garantits pel dret internacional. Un dels requisits procedimentals gairebé unànimement reconeguts és que un estat ha de donar a l'estranger que serà expulsat temps suficient per liquidar els seus afers (...) El tribunal considera que (...) l'expulsió del demandant es va dur a terme amb una pressa innecessària i violant els estàndards mínims procedimentals del dret consuetudinari

²⁴ Iran-United Status Claims Tribunal (chamber 3), laude de 14 de juliol de 1987, afer *Short v. The Islamic Republic of Iran*, núm. 11135, §30, *ILR* vol. 82, 1990, pàg. 159. En aquest cas, tot i que l'allunyament es va produir només tres dies abans de la proclamació l'11 de febrer de 1979 del govern islàmic revolucionari, es va considerar que les proclames antiamericanes eren *de naturalesa general i no especifcaven que els americans havien de ser expulsats en massa* (...) i que no es podia considerar que fossin *autoritzacions als revolucionaris* per actuar de manera que el demandant estigués forçat a marxar de l'Iran (§35). En aquest cas, el jutge Charles N. Brower va considerar en una opinió dissident que els fets que havien dut a l'allunyament del demandant sí eren imputables a l'Iran, després de fer una anàlisi de les manifestacions públiques tant de l'ayatollah Khomeini com d'altres líders des de l'1 de febrer, dia de la seva tornada. Per a Brower, l'allunyament del demandant tres setmanes després que el Shah anés a l'exili, una setmana després del retorn de Khomeini i només tres dies abans que la revolució arribés al clímax, tenint en compte els pronunciaments públics que condicionaven la victòria a l'absència d'estrangers del territori (*Final victory will come when all foreigners are out of the territory*), era constitutiu d'expulsió i part d'una expulsió *constructiva* d'americans en massa. *Ibidem*, *Dissenting Opinion of Judge Brower*, §5.

²⁵ Sobre aquesta qüestió, Rahmatullah Khan, *The Iran-United States Claims Tribunal. Controversies, Cases and Contribution*, op. cit., pàgs. 160-166.

*internacional*²⁶.

En general, les conclusions del tribunal sobre expulsió d'estrangers han estat assumides posteriorment com expressant els estàndards mínims internacionals en la matèria tant per la doctrina²⁷ com per la Comissió de dret Internacional.

600. Recentment, des de la Comissió de Dret Internacional s'ha avançat una definició del terme expulsió. D'acord amb l'*Informe preliminar* de Maurice Kamto d'abril de 2005, des de la perspectiva del dret internacional s'entén per expulsió d'un estranger

*l'acte jurídic pel qual un estat obliga a una persona o grup de persones nacionals d'un altre estat a abandonar el seu territori*²⁸.

En aquest informe es posava l'accent en l'existència d'un acte unilateral per part d'un estat i en la idea que es tractava d'una mesura coercitiva. La jurisprudència internacional, però, ja havia posat de manifest que la coerció per sortir d'un país podia ser deguda a un acte unilateral o a un conjunt d'actes i omissions, dels quals fos responsable l'estat, que fessin impossible la permanència en el país. Aquest fet, evocat en el debat de la CDI va fer que el relator especial conclogués que no era necessària l'existència d'un acte formal en l'expulsió²⁹. Una persona pot ser considerada expulsada d'un país sense que l'hagi obligat directament a fer-ho i sense que se li hagi adreçat una ordre oficial per a que marxi.

L'expulsió dels estrangers, per tant: pot ser ordenada directament per agents de l'autoritat pública (i eventualment executada també directament) o pot derivar-se indirectament d'actes imputables a l'estat si la persona no té altra opció; cal poder atribuir la responsabilitat dels actes a l'estat si es tracta d'actes comesos per persones que actuen en nom seu; i, de la jurisprudència dels tribunals internacionals, també es deriva que, en cas d'expulsió indirecta, cal que hi hagi una certa intencionalitat o que l'objectiu sigui l'expulsió dels estrangers. D'acord amb els estàndards internacionals, no es pot inferir l'existència d'una expulsió indirecta d'una situació de fet derivada de conflictes o disturbis, per greus que siguin, encara que facin molt difícil la permanència en un país. Malgrat això, també, com apunta Giorgio Gaja, la conducta rellevant de l'estat pot també consistir, segons quines siguin les circumstàncies, en ometre adoptar

²⁶ Iran-United States Claims Tribunal (chamber 1), laude de 2 de novembre de 1987, afer *Yeager v. The Islamic Republic of Iran*, núm. 10199, §48-50, *ILR* vol. 82, 1990, pàgs. 196-197.

²⁷ Per exemple, Giorgio Gaja, "Expulsion of Aliens: Some Old and New Issues in International Law", *loc. cit.*, pàg. 290.

²⁸ CssiDI, *Informe preliminar sobre la expulsión de los extranjeros presentado por el Sr. Maurice Kamto, Relator Especial*, *loc. cit.*, A/CN.4/554, §13.

²⁹ Asamblea General (ONU), *Informe de la Comisión de derecho Internacional. 57º período de sesiones (2 de mayo a 3 de junio y 11 de julio a 5 de agosto de 2005)*, Suplement N° 10 (A/60/10), §258 i 273.

les mesures apropiades per protegir els estrangers³⁰.

L'expulsió dels estrangers, tot i ser discrecional de l'estat, ha de complir els estàndards mínims procedimentals i substantius de dret internacional relatius a que no pot ser feta de forma arbitrària, l'execució no pot suposar un excés en l'ús de la força, i cal que es doni a la persona un temps suficient per resoldre els seus afers.

601. L'EXPULSIÓ EN EL DRET INTERNACIONAL CONVENCIONAL. En els instruments internacionals que preveuen l'expulsió d'estrangers es distingeix entre l'allunyament dels estrangers que han entrat o que es troben il·legalment en el país i els que hi són havent complert les regles internes que preveuen l'entrada i l'estada o residència d'estrangers. El dret d'expulsió dels estats és més discrecional en el primer cas, és a dir que han acceptat dotar de més garanties contra l'expulsió els estrangers que es troben legalment en el país, malgrat que això no significa en cap cas que el dret d'expulsar els estrangers que es troben irregularment en el país sigui absolut. En tots dos casos els estats han de respectar determinades garanties substantives i procedimentals constitutives de drets fonamentals des de la perspectiva del dret internacional.

Qüestió més problemàtica és determinar si els estats, en procedir a l'expulsió de persones estrangeres del seu territori han d'expressar sempre els motius de l'expulsió o han de justificar-la. En principi, es pot concloure que no hi estan obligats pel dret consuetudinari internacional, ja que la càrrega de la prova per defensar que l'expulsió és il·lícita recau en la suposada víctima, excepte quan l'estat tingui una obligació convencional al respecte.

Les previsions convencionals de dret internacional general sobre expulsió més importants per als demandants d'asil són la de l'article 13 del Pacte Internacional de drets civils i polítics i la de l'article 32 de la Convenció de Ginebra sobre l'estatut dels refugiats. L'article 13 del pacte estableix que

Un estranger que es troba legalment en el territori d'un estat part en el present pacte només pot ser-ne expulsat en execució d'una decisió adoptada de conformitat amb la llei i, excepte quan s'hi oposin raons imperioses de seguretat nacional, ha de tenir la possibilitat de fer valer les raons que militen contra la seva expulsió i de fer examinar el seu cas per part de l'autoritat competent, o per una o diverses persones especialment designades per aquesta autoritat, fent-se representar a aquesta fi.

602. L'article 32 de la Convenció de les Nacions Unides sobre l'estatut dels refugiats estableix que

1. Els estats contractants no expulsaran cap refugiat que es trobi legalment en el territori d'aquests estats, a no ser per raons de seguretat nacional o d'ordre públic.

2. L'expulsió del refugiat únicament s'efectuarà, en aquest cas, en virtut de d'una decisió adoptada de conformitat amb els procediments legals vigents. A no

³⁰ Per exemple, Giorgio Gaja, "Expulsion of Aliens: Some Old and New Issues in International Law", *loc. cit.*, pàg. 290.

ser que s'hi oposin raons imperioses de seguretat nacional, haurà de permetre's al refugiat presentar proves exculpatòries, formular recurs d'apel·lació i fer-se representar a aquest efecte davant de la l'autoritat competent o davant d'una o varies persones especialment designades per l'autoritat competent.

3. *Els estats contractants concediran, en aquest cas, al refugiat un termini raonable dins del qual pugui gestionar la seva admissió legal en un altre país. Els estats contractants es reserven el dret d'aplicar durant aquest termini les mesures d'ordre públic que estimin necessàries*³¹.

És comú a tots dos articles que l'expulsió de persones estrangeres que es troben legalment en un país només es pot fer si es respecten determinades garanties procedimentals. En el cas de l'article 13 del Pacte, l'expulsió s'ha de fer d'acord amb allò previst a la legislació (que podrà ser coneguda per tothom, com ja demanava el projecte de declaració de l'Institut de Dret Internacional de 1888) i, només si hi ha *raons imperioses de seguretat nacional* es podrà impedir a la persona que faci valer altres garanties de procediment. No hi ha, per tant, amb caràcter general, garanties substantives contra mesures d'expulsió dels estats respecte dels estrangers, ni quan es troben en situació legal.

Només és els refugiats que es troben *legalment* en el territori dels estats que tenen com a garantia que no se'ls expulsarà si no és per motius de *seguretat nacional o d'ordre públic*. Tot i que és possible defensar una interpretació àmplia en aquest darrer cas de l'expressió *legalment* que abastés tant els refugiats reconeguts a qui s'ha concedit asil territorial, com els refugiats que únicament gaudeixen d'asil provisional, tenint en compte que l'estatut de refugiat és declaratiu i no constitutiu, no és aquesta la interpretació més estesa. D'altra banda, una interpretació útil que tingui en compte el context (especialment l'article 31 que fa referència a la presència *il·legal* dels refugiats), també avala que quan l'article 32 es refereix als refugiats que *legalment* es troben en el territori això significa "que han estat admesos a entrar formalment o tenen un permís d'estada en el territori"³². D'altra banda, com que es tracta d'una garantia de caràcter substantiu, serà necessari justificar la mesura des de la perspectiva de la seguretat nacional i de l'ordre públic, i també que és *proporcional* a l'objectiu perseguit³³.

El fet que no es prevegi la necessitat de justificar les mesures d'expulsió ni tan sols en el cas dels estrangers que es troben legalment en un país ha fet que s'hagi defensat que els estats (llevat dels casos de persones estrangeres per a les que específicament es contempli, com en el cas dels refugiats) no estan obligats en dret internacional a justificar ni avançar els motius de les mesures d'expulsió. En general, s'accepta que l'expulsió pot ser un mitjà *necessari* per tal de protegir els drets de la

³¹ L'article 31 de la *Convenció sobre l'estatut dels apàtrides* de 1954 estableix el mateix dispositiu.

³² En aquest sentit apunta el comentari de Paul Weis a l'article 32 de la Convenció; Paul Weis (ed.), *The Refugee Convention, 1951. The travaux préparatoires analysed with a commentary by Dr. Paul Weis*, Cambridge International Documents Series, vol. 7, Cambridge: Cambridge University Press, 1995, pàg. 322.

³³ *Ibidem*.

societat que hi ha en el territori d'un estat, que el dret consuetudinari imposa a l'estat que no actuï arbitràriament o incorri en *abús de dret*, i que l'execució de la mesura sigui raonable tant pel que fa a l'ús de la força com pel que fa a deixar un temps prudencial per a que l'estranger pugui resoldre els seus afers en el país³⁴. Però no hi ha el mateix acord respecte de que el dret consuetudinari exigeixi que els estats invoquin sempre els motius de les expulsions³⁵. Aquest requisit, malgrat tot, pot arribar a derivar-se indirectament de l'exigència que l'expulsió no sigui arbitrària, o discriminatòria, en la mesura de la consolidació d'aquests criteris en els casos d'allunyament d'estrangers.

603. En el cas dels demandants d'asil que es troben *legalment* en el país, i també en el cas dels que demanen ser reconeguts com a refugiats però que no s'hi troben *legalment* perquè les autoritats de l'estat els han exclòs de l'estatut en aplicació de l'article 1§F, també s'apliquen les garanties que es deriven del principi de *non-refoulement* de l'article 33§1 de la Convenció de Ginebra i les altres garanties que resulten dels drets humans.

Com s'ha vist en el Capítol III, les possibilitats dels estats de refusar (*refouler*) un demandant d'asil són més restringides que les d'excloure l'estatut de refugiat. L'estàndard de prova en el cas de la denegació de la protecció de l'asil que proporciona el principi de *non-refoulement* és més alt que el que s'exigeix per excloure un demandant d'asil de l'estatut de refugiat. Però, fins i tot en aquests casos, en els que la persona, tant si ha estat reconeguda com a refugiada com si no, podria ser refusada en aplicació de l'article 33§2, el demandant hauria de gaudir del dret de no ser allunyat del país si estan en joc els drets absoluts de no ser torturat, o sotmès a tractaments inhumans o degradants reconeguts en els convenis internacionals i en el dret internacional consuetudinari. Joan Fitzpatrick va posar en relleu les dificultats pràctiques i el cost polític que suposa per als estats l'aplicació d'aquests estàndards internacionals en el cas de persones que han estat excloses de l'estatut de refugiat o que, per exemple, es considera que són un *perill per a la seguretat del país* (article 33§2 de la Convenció de Ginebra), i tolerar la seva presència quan han estat acusades o condemnades per autoritats d'altres estats. Per això, avui dia suposa *encara un repte assegurar que els riscos de tortura són valorats objectivament i que consideracions polítiques no suposin violacions d'altres drets humans de les eventuais futures víctimes de tortura, com la prohibició de detencions arbitràries prolongades*³⁶.

³⁴ Asamblea General (ONU), 6^è període de sessions, *Informe de la Comisión de derecho Internacional. 57º período de sesiones (2 de mayo a 3 de junio y 11 de julio a 5 de agosto de 2005)*, Suplement N° 10 (A/60/10), §263.

³⁵ *Ibidem*, §264.

³⁶ Joan Fitzpatrick, "The Post-Exclusion Phase: Extradition, Prosecution and Expulsion", *IJRL*, vol. 12, *Special Supplementary Issue*, 2000, pàg. 291.

2. Les previsions d'expulsió d'estrangers en dret europeu

604. L'ALLUNYAMENT DELS ESTRANGERS EN EL SISTEMA EUROPEU DE PROTECCIÓ DELS DRETS HUMANS DEL CONSELL D'EUROPA. En el Conveni europeu per a la protecció dels drets humans i de les llibertats fonamentals no hi ha cap previsió que directament estableixi regles relatives a l'expulsió de persones, tot i que implícitament es tracta com a mesura legítima en el cas de les persones estrangers a l'article 5. L'expulsió va ser objecte dels protocols números 4 i 7 addicionals al Conveni. El Comitè de Ministres del Consell d'Europa també ha expressat les obligacions que es deriven per als estats del dret internacional i del dret europeu així com algunes recomanacions adreçades als estats en cas de retorns forçosos en un sol text titulat *Vint principis directors sobre el retorn forçós*³⁷.

A l'article 5 es preveu que ningú podrà ser privat de la seva llibertat, excepte si es fa d'acord amb la legislació de l'estat per tal d'impedir que una persona penetri il·legalment en el territori, o respecte d'algú *contra qui està en curs un procediment d'expulsió o d'extradició*. Indirectament, per tant, s'entén que les mesures d'expulsió dels estrangers poden ser legítimes i que, en aquests casos, si la legislació ho preveu, es pot procedir a la privació de la llibertat de la persona, sempre que el procediment d'expulsió estigui *en curs*, d'acord amb la interpretació que el TEDH ha donat a aquesta expressió³⁸.

En el Protocol número 4 fet a Estrasburg el 16 de setembre de 1963 es recullen els preceptes de dret internacional d'acord amb els quals els estats no poden ni expulsar ni impedir l'entrada als propis nacionals, ni poden realitzar expulsions col·lectives³⁹. Tant la Comissió⁴⁰ com el Tribunal europeu de drets humans⁴¹ han tingut ocasió de definir l'expulsió col·lectiva com a:

*qualsevol mesura que obligui a estrangers, en tant que grup, a marxar d'un país, excepte en els casos en què una mesura d'aquest tipus ha estat adoptada després i sobre la base d'un examen raonable i objectiu de la situació particular de cadascú dels estrangers que formen el grup*⁴².

L'expulsió de demandants d'asil del territori d'un estat d'acollida que ha refusat la

³⁷ Comitè de Ministres, Comité ad hoc d'experts sur les aspects juridiques de l'asile territorial, des réfugiés et des apatrides (CAHAR), *Vingt principes directeurs sur le retour forcé*, 4 de maig de 2005, Doc. CM (2005) 40 final 9 de maig de 2005.

³⁸ *Id.* al respecte *supra* Capítol XIII.

³⁹ *Les expulsions col·lectives estan prohibides*; article 4 del Protocol núm. 4 al Conveni de salvaguarda dels drets humans i les llibertats fonamentals.

⁴⁰ CsseDH, decisió de 16 de desembre de 1988, afer *A. and others v. the Netherlands*, núm. 14209/88, §6-7 (*En Dret*).

⁴¹ TEDH, decisió de 23 de febrer de 1999, afer *Verdan Andric v. Sweden*, núm. 45917/99, §1-2 (*En Dret*).

⁴² TEDH, sentència de 5 de febrer de 2002, afer *Čonka contre Belgique*, núm. 51564/99, §59.

petició de protecció també ha estat objecte de resolucions de la Comissió i del Tribunal en algunes ocasions des de la perspectiva de l'expulsió col·lectiva d'estrangers. En dues d'elles la seva jurisprudència ha avançat matisos importants en la protecció de les persones. En un cas contra els Països Baixos de 1988 finalment declarat inadmissible, la Comissió va establir que per descartar l'existència d'una expulsió *col·lectiva* no bastava que cada un dels afectats per la mesura hagués rebut una ordre individual d'expulsió, sinó que calia que cadascun d'ells hagués tingut l'oportunitat de presentar les seves objeccions particularitzades a la mesura d'allunyament davant d'una autoritat competent per analitzar-les individualment⁴³.

605. Recentment ha estat el cas *Čonka* el que ha perfeccionat la jurisprudència sobre l'expulsió col·lectiva d'estrangers en un cas que afectava demandants d'asil. El TEDH va anar més enllà de la definició consolidada d'expulsió col·lectiva i va establir que fins i tot quan hi havia hagut un examen raonable i objectiu de la situació de cadascuna de les persones afectades; això no significava que

*allí on aquesta darrera condició s'ha complert, les circumstàncies que giren entorn de l'execució de decisions d'expulsió no juguin cap rol en l'apreciació del respecte de l'article 4 del Protocol núm. 4*⁴⁴.

L'execució de l'expulsió i no només la decisió d'expulsar, així, podia també ser *col·lectiva* i per això estar prohibida per l'article 4 del quart Protocol. En el cas, cadascuna de les demandes d'asil havien estat objecte de decisions de refús i aquestes confirmades per una instància d'apel·lació on les persones haurien, eventualment, pogut fer valer motius particularitzats per no ser expulsades del país i aquests examinats individualment. Amb el refús de l'asil els demandants van rebre sengles ordres de marxar del territori. El Tribunal però va considerar que les mesures litigioses en el cas havien estat unes mesures posteriors, destinades a executar una expulsió forçosa, prèvia detenció, que havien estat adoptades de manera genèrica en tots els casos (tot i que les decisions eren individuals per a cada cas) i que estaven basades únicament en un precepte de la llei interna, sense que es fes menció ni atenció a la *situació personal dels interessats*, ni a les demandes d'asil ni a les decisions adoptades al respecte d'elles. El TEDH també va atorgar gran importància al fet que va ser en aquestes decisions posteriors on per primer cop s'autoritzava la detenció de les persones que finalment van ser expulsades, sense que es tingués en compte la seva qualitat de demandants d'asil i la normativa específica interna que regula la seva situació. D'acord amb el TEDH,

En aquestes condicions, i tenint en compte el gran nombre de persones del mateix origen que han tingut la mateixa sort que els demandants, el Tribunal estima que el procediment seguit no és d'un tipus tal que exclogui qualsevol dubte sobre el caràcter col·lectiu de l'expulsió criticada.

⁴³ CDDH, decisió de 16 de desembre de 1988, afer *A. and others v. the Netherlands*, núm. 14209/88, §6 (*En Dret*).

⁴⁴ TEDH, sentència de 5 de febrer de 2002, afer *Čonka contre Belgique*, núm. 51564/99, §59.

62. *Aquests dubtes estan reforçats per un conjunt de circumstàncies del tipus com el fet que prèviament a l'operació litigiosa les instàncies polítiques responsables haguessin anunciat operacions d'aquesta naturalesa i donat instruccions a l'administració competent en vistes a la seva realització; que tots els interessats haguessin estat convocats simultàniament a la comissaria; que les ordres de marxar del territori i d'arrest que els havien estat lliurades presentessin un enunciat idèntic; que era molt difícil per als interessats contactar amb un advocat; finalment, que el procediment d'asil no estava encara acabat.*

63. *En resum, en cap estadi del període que va des de la convocatòria dels interessats a comissaria en vistes de la seva expulsió, el procediment seguit no oferia garanties suficients per acreditar una presa en compte real i diferenciada de la situació individual de cadascuna de les persones afectades*⁴⁵.

El TEDH, amb aquesta argumentació tant breu i, segons la doctrina, excessivament poc detallada en un afer d'aquestes característiques⁴⁶, conclou que l'expulsió dels demandants d'asil es va produir en violació de l'article 4 del Protocol núm. 4. En la sentència no s'acaba de definir quin paper té el fet que no es tingués en compte la qualitat de demandants d'asil de les víctimes, però sembla clar que aquesta mancança és un element important en la valoració de la oportunitat de fer valer el dret tothom de no ser expulsat en un procediment adequat. Si la mesura d'allunyament no es deriva directament del refús del refugi, el procediment que s'ha de seguir per procedir a l'expulsió efectiva de la persona ha de permetre que pugui fer valer raons personalitzades per no ser allunyat del territori, més enllà de procediment d'asil que s'hagués seguit anteriorment.

Aquest cas era especialment important perquè a l'època dels fets a Bèlgica no estaven previstes formalment formes de protecció subsidiària que el dret comunitari ha harmonitzat després per als casos en què un demandant d'asil que no és un refugiat no pot ser allunyat del país pel risc de patir tortura o tractaments inhumans o degradants.

En el cas, on d'altra banda no es va invocar l'eventual violació de l'article 3 del Conveni europeu, es va considerar que l'aplicació simple de les normes sobre estrangeria que preveuen l'expulsió d'estrangers que es troben il·legalment en el territori sense una cautela adequada per evitar l'allunyament de demandants d'asil que no són refugiats però que tenen dret de no ser expulsats era una expulsió col·lectiva, en la mesura que un grup d'estrangers estava afectat.

El TEDH es situa molt en el límit d'allò que és possible d'acord amb el Conveni, perquè la clau de la sentència en aquest punt és fer derivar la responsabilitat de l'estat directament de les decisions d'expulsió adoptades després (de 29 de setembre de 1999)

⁴⁵ *Ibidem*, §61-62.

⁴⁶ Per a Jean-Yves Carlier, per exemple, l'ambigüitat creada per aquesta interpretació podria haver-se evitat si el TEDH hagués tingut en compte el criteri de la discriminació. La prova d'un element discriminatori en la decisió i/o en l'expulsió és allò que segons ell determina l'existència d'una expulsió col·lectiva prohibida, i no tant el fet que un estat decideixi ajuntar un grup d'estrangers i expulsar-los conjuntament del país en un ús racional dels mitjans. La sentència, tal com va ser redactada deixa oberta aquesta possibilitat d'interpretació que aniria més enllà de l'objecte i la finalitat del precepte; Jean-Yves Carlier, "La détention et l'expulsion collective des étrangers", *RTDH*, vol. 53, 2003, pàg. 209.

del darrer refús de l'asil (que 18 de juny de 1999) que anava lligat a la indicació de sortida voluntària del país. El TEDH interpreta que els procediments d'asil on es podia fer valer les raons personalitzades per obtenir protecció no eren suficients per considerar que hi havia hagut un examen individual al respecte de l'expulsió.

606. L'expulsió individual de les persones estrangeres també està prohibida per l'article 1 del Protocol número 7 de 1984 del Conveni europeu, però només en el cas de les persones que es troben *legalment* (*regulièrement, lawfully*) en el territori de l'estat⁴⁷. La legalitat de l'estada o residència ha d'avaluar-se d'acord amb el dret intern on estigui la persona⁴⁸, per tant, beneficia tant a qui va entrar legalment, com a qui no ho va fer però amb el temps ha regularitzat la seva situació.

El Tribunal europeu de drets humans es va referir a la qüestió de què significava una presència regular o legal en el territori d'un estat part en el Conveni en un cas relatiu al dret de circular lliurement per part de les persones *que es troben regularment en el territori d'un estat* previst a l'article 2 del Protocol núm. 4 del Conveni europeu. En el cas *Piermont*, el TEDH va establir que

L'argument de la demandant d'acord amb el qual el sol pas pel control de policia aèria regularitza la situació d'una persona en el territori es formalista. En efecte, en un aeroport com el de Noumea, mentre el passatge roman en el recinte, està sotmès a les operacions de control. En el cas, Mme. Piermont va ser interpellada just després de l'obliteració del seu passaport i el decret litigiós li va ser notificat quan encara no havia marxat de l'aeroport, car es trobava retinduda en un local de custòdia de les forces de policia.

El decret adoptat per l'alt comissari de la República duu per títol "decret (arrêté) que ordena la prohibició d'entrada en el territori d'un estranger" i el seu article 1 expressa aquesta prohibició. (...) Per tant, l'interessada no s'ha trobat mai regularment en el territori, condició d'aplicació de l'article 2 del Protocol núm. 4. Per la qual cosa no hi ha hagut violació de l'esmentada disposició⁴⁹.

D'acord amb l'informe explicatiu del Protocol número 7, l'expressió expulsió s'empra en un sentit genèric tot i que no abasta l'extradició ni el *refoulement*, per tant, s'exclou expressament que atansi formes d'allunyament com el cas del retorn o la devolució:

El mot "resident" tendeix a excloure l'aplicació d'aquest article a l'estranger que ha arribat a un port o a qualsevol altre punt d'entrada però que encara no ha passat pel control d'immigració, i a l'estranger que ha estat admès en el territori de l'estat únicament en trànsit o, com a no resident, per a un període limitat. Aquest període cobreix també el que precedeix a una decisió sobre una demanda de permís d'estada.

⁴⁷ Pel que fa a la història d'aquest Protocol així com a la complementarietat de les seves disposicions amb altres garanties ja presents en els estats membres del Consell d'Europa, com la mateixa Convenció de Ginebra; Cristina Campiglio, "Espulsione e diritti dell'uomo a proposito dell'art. 1 del Protocollo N. 7 addizionale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo", *RDI* vol. LXVIII, 1985, pàgs. 75-76.

⁴⁸ Àngel G. Chueca Sancho, *La expulsión de extranjeros en la Convención Europea de derechos Humanos*, op. cit., pàg. 36.

⁴⁹ TEDH, sentència de 27 d'abril de 1995, afer *Piermont c. France*, núm. 15773/89 i 15774/89, §49.

El mot "legalment" fa referència a la legislació nacional de l'estat en qüestió. Pertany, doncs, a aquesta legislació determinar les condicions que una persona ha de complir per que la seva presència en el territori sigui considerada com essent "legal". Aquesta disposició s'aplica no només a l'estranger que ha entrat regularment en el territori, sinó també a qui ha entrat irregularment i la situació ha estat regularitzada posteriorment. Per contra, l'estranger, l'entrada i l'estada del qual han estat sotmeses a certes condicions, per exemple, una durada determinada, i que ha deixat de complir aquestes condicions, no pot ser considerat com trobant-se "legalment" en el territori de l'estat⁵⁰.

El Protocol addicional número 7, per tant, no preveu expressament que els demandants d'asil entrin sempre dins del seu àmbit d'aplicació. Els demandants d'asil que es presenten a les fronteres d'un estat, des de la perspectiva de l'article 1, no es trobarien *legalment* en el territori de l'estat d'asil, tal com ha estat interpretat fins a l'actualitat d'acord amb l'informe explicatiu del Protocol. D'aquest fet no pot inferir-se però que els demandants d'asil es trobin il·legalment en el territori de l'estat d'asil provisional, ni que la seva estada sigui il·legítima. Cal entendre que el Protocol número 7 s'aplica a les persones que han estat formalment admeses a entrar i estar-se en el territori siguin o no demandants d'asil. En el cas d'aquests darrers, si l'asil és finalment refusat, la base jurídica de la seva estada *legal* en l'estat d'asil desapareix, i deixen d'estar dins de l'àmbit d'aplicació de l'article 1. Alguns autors, malgrat tot, han plantejat que, interpretat de conformitat amb la Convenció de Ginebra, l'article 1 del setè Protocol podria ser entès com que un refugiat que entra dins de l'àmbit d'aplicació d'aquesta Convenció pot ser considerat com legalment residint en el territori de l'estat⁵¹.

El Conveni europeu de drets humans protegeix els estrangers que es troben en situació *irregular* (en aquesta categoria podrien incloure's els que es troben en situació *il·legal* i els que es troben en situació *al·legal* però no il·legítima) però només els són garantits els drets fonamentals de la persona humana (dret a la vida –article 2-, dret a no ser torturat ni patir tractaments inhumans o degradants –article 3-, ...). La seva situació esdevé doncs més *fràgil*, car no estan protegits per ni pel Protocol número 4 ni pel Protocol número 7⁵².

607. L'EXPULSIÓ A LA NORMATIVA DE LA UNIÓ EUROPEA. El Tractat de la Unió Europea disposa en l'article 63§3.b) la base jurídica per a l'adopció de mesures sobre *política d'immigració* en l'àmbit de la *immigració i la residència il·legals, inclosa la repatriació*

⁵⁰ Protocole No. 7 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales. Rapport explicatif, STE núm. 117, §9.

⁵¹ Felix Ermacora, "Problems about the Application of the European Convention on Human Rights in Asylum Cases", Risk Lawson, Matthijs de Blois (ed.), *The Dynamics of the Protection of Human Rights in Europe. Essays in Honour of Henry G. Schermers*, vol. III, Dordrecht, Boston, Londres: Martinus Nijhoff Publishers, 1994, pàg. 163.

⁵² Yves Madiot, "Un statut européen de l'étranger dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme", *La condition juridique de l'étranger hier et aujourd'hui. Actes du Colloque organisé à Nimègue les 9-11 mai 1988 par les Facultés de Droit de Poitiers et de Nimègue*, Nijmegen: Faculteit der Rechtsgeleerdheid, 1988, pàg. 67.

de residents il·legals. Tenint-lo com a fonament, s'han adoptat la Directiva 2001/40/CE del Consell *relativa al reconeixement mutu de les decisions en matèria d'expulsió de nacionals de tercers països*⁵³; la Decisió 2004/191/CE *per la que s'estableixen els criteris i modalitats pràctiques per a la compensació dels desequilibris financers* resultats de la seva aplicació⁵⁴; la Decisió 2003/110/CE *sobre l'assistència en casos de trànsit a efectes de repatriació o allunyament per via aèria*⁵⁵; i la Decisió 2004/573/CE *relativa a l'organització de vols conjunts per a l'expulsió, des del territori de dos o més estats membres, de nacionals de tercers països sobre els que hagin recaigut resolucions d'expulsió*⁵⁶. Els estats membres de la Unió Europea, per tant, es regeixen per la seva pròpia normativa interna pel que fa a l'allunyament i l'expulsió en general (causes, procediments, recursos).

Malgrat aquesta activitat normativa d'harmonització preferentment procedimental, els estats i les institucions de la Unió Europea continuen tenint com a un subjecte preferent de treball en vistes a la seva gestió comuna la qüestió de l'allunyament dels estrangers que es troben il·legalment en el territori. La perspectiva que s'ha adoptat en el si de les institucions des de 2001 és que la implantació de mesures eficaces en aquest sentit contribuiran a assolir l'objectiu de la lluita contra la immigració il·legal a la Unió⁵⁷. El programa de La Haia ha marcat també una fita en aquesta visió que prima la repressió de la immigració il·legal sense oferir alternatives creïbles d'immigració legal cap a la Unió Europea⁵⁸.

⁵³ Directiva 2001/40/CE del Consejo de 28 de mayo de 2001 *relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países*, DOCE de 2 de junio de 2001, N° L 149/34-36.

⁵⁴ Decisión del Consejo de 23 de febrero de 2004 *por la que se establecen los criterios y modalidades prácticas para la compensación de los desequilibrios financieros resultantes de la aplicación de la Directiva 2001/40/CE relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de los nacionales de terceros países* (2004/191/CE), DOUE de 27 de febrer de 2004, N° L 60/55-57.

⁵⁵ Directiva 2003/110/CE del Consejo de 25 de noviembre de 2003 *sobre la asistencia en casos de tránsito a efectos de repatriación o alejamiento por vía aérea*, DOUE de 6 de desembre de 2003, N° L 321/26-31.

⁵⁶ Decisión del Consejo de 29 de abril de 2004 *relativa a la organización de vuelos conjuntos para la expulsión, desde el territorio de dos o más Estados miembros, de nacionales de terceros países sobre los que hayan recaído resoluciones de expulsión* (2004/573/CE), DOUE de 6 de agosto de 2004, N° L 261/28-35.

⁵⁷ Per exemple, Csse, *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento europeo relativa a una política común de inmigración ilegal*, COM (2001) 672 final, Brussel·les 15 de novembre de 2001, §4.8, que es desenvolupa a Csse, *Libro Verde relativo a una política comunitaria de retorno de los residentes ilegales*, COM (2002) 175 final, Brussel·les 10 d'abril de 2002. Aquest Llibre Verd de la Comissió va conduir a les conclusions incloses a Csse, *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento europeo relativa a una política comunitaria de retorno de los residentes ilegales*, COM (2002) 564 final, Brussel·les 14 d'octubre de 2002. També Csse, *Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento o Europeo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones. Estudio sobre los vínculos entre la migración legal e ilegal*, COM (2004) 412 final, Brussel·les 4 de juny de 2004, §3.2.2.

⁵⁸ Donant impuls així, també, a la realització del *Plan Global para la lucha contra la inmigración*

La política de retorn a la Unió Europea gira entorn de dos eixos principals: la cooperació operativa entre els serveis pertinents dels estats membres juntament amb l'harmonització de normes; i la creació de programes específics i de cooperació amb tercers països. Per a la Unió, aquesta és la clau de la seva credibilitat en aquesta matèria i en qüestió d'asil, i per tal de llençar un missatge desincentivador de la immigració il·legal:

La credibilitat i integritat de les polítiques en matèria d'immigració il·legal i asil corren perill si aquestes no van acompanyades d'una política comunitària en matèria de retorn dels residents il·legals. Per altra banda, hom ha de preguntar-se sobre la utilitat real dels esforços desplegats per lluitar contra la immigració il·legal quan veiem que aquells que reïxen superar aquestes mesures aconseguixen en definitiva romandre com a residents il·legals. No podem subestimar el caràcter d'senyal que representa el fracàs d'una política en matèria de retorn dels residents il·legals.

El programa d'ajut al retorn posava l'èmfasi en la necessitat d'un reforç immediat de la cooperació operativa entre els serveis de seguretat dels estats membres, preconitzant alhora la definició de normes mínimes comunes, la creació de programes específics per països i el reforç de la cooperació amb els tercers països en matèria de retorn. La definició d'una política comuna en aquest àmbit ha d'acompanyar-se imperativament d'una aplicació ràpida del conjunt de les mesures previstes pel programa d'ajut al retorn. És l'únic mitjà de traslladar el missatge que la immigració ha d'inscriure's en el marc d'un procediment legal ben definit, i que l'entrada clandestina i l'estada il·legal no brindaran l'estabilitat desitjada⁵⁹.

Des del punt de vista de l'harmonització de regles substantives relatives a l'allunyament, destaca l'acompliment d'un dels mandats d'aquest programa amb la Proposta de Directiva de la Comissió *relativa a procediments i normes comunes en els estats membres per al retorn dels nacionals de tercers països que es trobin il·legalment en el seu territori*⁶⁰. En ella es defineix com a *estada il·legal* qualsevol situació d'una

ilegal y la trata de seres humanos en la Unión Europea avalat pel Consell Europeu de Sevilla de 2002; C^{ll}Eu, Consejo Europeo de Sevilla 21 y 22 de junio. Conclusiones de la Presidencia, 13463/02, Brussel·les 24 d'octubre de 2002, §27. El Plan global està publicat com a *Propuesta de Plan Global para la lucha contra la inmigración ilegal y la trata de seres humanos en la Unión Europea* (2002/C 142/02), DOCE de 14 de juny de 2002, N° C 142/23-36.

⁵⁹ C^{ss}E, *Proyecto de Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo y al Consejo con vistas al Consejo europeo de Tesalónica relativa al desarrollo de una política común en materia de inmigración ilegal, trata de seres humanos, fronteras exteriores y retorno de residentes ilegales*, COM (2003) 323 final, Brussel·les, 3 de juny de 2003, §2.3.

⁶⁰ C^{ss}E, *Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo relativa a procedimientos y normas comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio*, COM (2005) 391 final, Brussel·les, 1 de setembre de 2005. Com en el cas de la Directiva per al reconeixement mutu de les decisions d'expulsió, també en aquest cas la Comissió preveu l'establiment d'un Fons europeu per al retorn per al període 2008-2013; C^{ss}E, *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento europeo por la que se establece un Programa marco de solidaridad y gestión de los flujos migratorios para el período 2007-2013 (...). Propuesta de Decisión del PE y del Consejo por la que se establece el Fondo europeo para el retorno para el período 2008-2013 como parte el Programa general de solidaridad y gestión de los flujos migratorios*, COM (2005) 123 final, 2005/0049 (COD), Brussel·les 6 d'abril de 2005.

persona estrangera que es trobi il·legalment en el territori (entrada il·legal, expiració de visat, de permís de residència o la seva retirada o revocació, retirada de l'estatut de refugiat, decisió final negativa sobre una sol·licitud d'asil) sense acarar-se la qüestió de les raons o procediments que posen fi a una estada legal, i disposa regles relatives al retorn i a l'expulsió per a aquests casos. D'acord amb la proposta de directiva, el retorn és el *procés de tornada al país d'origen, trànsit o a un altre tercer país, bé sigui voluntària o forçada*; i l'expulsió, *l'execució de l'obligació de retornar, és a dir, el transport físic fora del país*.

608. Els estats parts en el Conveni de Schengen, d'altra banda, estan vinculats per allò que disposen els articles 23 i 96 del Conveni en aquesta matèria.

L'article 23 del Conveni de Schengen preveu que

1. L'estranger que no compleixi o hagi deixat de complir les condicions de curta estada aplicables en el territori d'una de les parts contractants, haurà, en principi, d'abandonar sense demora el territori de les parts contractants.

2. L'estranger que disposi d'un permís de residència o d'una autorització de residència provisional en vigor expedits per una altre part contractant haurà d'adreçar-se sense demora al territori d'aquesta part contractant.

3. Quan aquest estranger no abandoni el territori voluntàriament o pugui presumir-se que no l'abandonarà, o si fos necessària la seva sortida immediata per motius de seguretat nacional o d'ordre públic, l'estranger serà expulsat del territori de la part contractant on hagi estat aprehès, en les condicions establertes en el dret nacional d'aquesta part contractant. Si l'aplicació d'aquest dret no permetés l'expulsió, la part contractant de què es tracti podrà permetre l'estada de l'interessat en el seu territori.

4. L'expulsió podrà realitzar-se des del territori d'aquest país al país d'origen de l'estranger o a qualsevol altre país on sigui possible la seva admissió, en particular en aplicació de les disposicions pertinents dels acords de readmissió subscrits per les parts contractants.

5. Allò que es disposa en l'apartat 4 no constituirà un obstacle per a les disposicions nacionals relatives al dret d'asil ni per a l'aplicació de la Convenció de Ginebra de 28 de juliol de 1951, relativa a l'estatut dels refugiats, modificada pel Protocol de Nova York de 31 de gener de 1967, ni per les disposicions de l'apartat 2 del present article i de l'apartat 1 de l'article 33 del present Conveni⁶¹.

D'altra banda, l'article 96 estableix que les decisions dels estats respecte de la inscripció de persones a la llista de no admissibles del Sistema d'Informació Schengen (SIS) podran basar-se en l'amenaça per a l'ordre públic o la seguretat nacional que representi la seva presència en el territori i, també,

en el fet que l'estranger hagi estat objecte d'una mesura d'allunyament, de devolució o d'expulsió que no hagi estat revocada ni suspesa i que inclogui o vagi acompanyada d'una prohibició d'entrada o, en el seu cas, de residència, basada en l'incompliment de les legislacions nacionals relatives a l'entrada o a la residència d'estrangers.

⁶¹ L'article 33 es refereix a l'obligació dels estats de readmetre en el seu territori els demandants d'asil que es trobin il·legalment en el territori d'una altra part contractant, excepte quan aquesta els hagi lliurat un permís de residència de durada igual o superior a un any.

Els estats parts, per tant, poden disposar que les seves mesures d'allunyament tinguin conseqüències respecte de la possibilitat d'entrar en el país que ha executat la mesura o en qualsevol dels altres estats parts en casos que no necessàriament tinguin implicacions de seguretat o d'ordre públic, com passa en el cas de les expulsions en termes estrictes. A Espanya, per exemple, on la devolució comportarà una prohibició d'entrada de fins a tres anys i l'expulsió la prohibició d'entrada d'entre tres i deu anys⁶², els estrangers que siguin objecte d'aquestes mesures podran ser inscrits com a no admissibles en el SIS i impedir-se'ls l'entrada en l'espai Schengen⁶³.

B. EL DRET DELS DEMANDANTS D'ASIL DE NO SER EXPULSATS

609. En aquest apartat s'estudiaran els elements que configuren un dret fonamental dels demandants d'asil de no ser allunyats o expulsats del país on tenen un asil provisional quan es donen determinades circumstàncies. L'asil provisional, com s'ha vist, només comporta una estada *legal* en el territori d'un estat quan el demandant ha estat formalment admès a entrar i/o ha rebut un permís d'estada en el territori. La protecció que confereixen les regles internacionals contra les mesures d'expulsió dels residents *legals* depèn, per tant, de que l'asil provisional estigui previst com a forma d'estada en la legislació de l'estat.

Els demandants d'asil en situació d'asil provisional no regulat en un estat d'acollida tenen un dret fonamental funcional que resulta de normes relatives a drets humans que directament els protegeixen contra determinats efectes que podria produir un allunyament. Els demandants d'asil individuals també tenen dret a que es respectin els procediments previstos en l'estat i en els instruments de drets humans, com els drets derivats de les exigències mínimes de caràcter procedimental estudiats en el Capítol XII.

El Dret internacional general i el dret europeu imposen als estats per procedir a expulsions legítimes d'estrangers que estiguin previstes per llei i que no suposin incórrer en arbitrarietat o siguin discriminatòries. Com s'ha vist, no hi ha una exigència clara respecte de quins motius poden emprar per tal de justificar les expulsions, ni tampoc si cal que aquestes es justifiquin sinó que més aviat s'entén que el dret d'expulsar és discrecional de l'estat. La sola presència il·legal en el país no és, a vegades, suficient per justificar l'allunyament d'acord amb el dret intern ni quan està prevista per llei com a motiu d'expulsió,⁶⁴ mentre que en alguns estats fins i tot la

⁶² *Vid. Supra* npp núm. 5.

⁶³ En d'altres països, com en el cas de França, la *interdiction du territoire* és una pena que pot ser pronunciada contra un estranger *coupable d'un crime ou d'un délit*. Article L.541-1 del *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*.

⁶⁴ Per exemple, a Espanya, en un cas d'una persona que es trobava il·legalment en el país, però estava

indigència pot arribar a ser emprada com a motiu per a l'allunyament forçós⁶⁵.

Això no obstant, hi ha un conjunt de drets humans substantius que, si són en joc amb motiu d'un allunyament, poden fer que aquest esdevingui il·legítim. En principi, aquestes situacions es poden produir essent subjecte qualsevol persona estrangera sotmesa a mesures d'allunyament. El desenvolupament d'aquest apartat, però, es concentrarà en les situacions que afecten o que poden afectar més clarament els demandants d'asil. A Europa, una part important d'aquesta protecció resulta del Conveni europeu de drets humans de 1950 i del seu sistema de garantia. No es preveu en el Conveni ni s'infereix de la seva interpretació per part de la Comissió i el Tribunal europeu l'existència d'un *estatut jurídic específic de l'estranger* que eventualment fos aplicable als demandants d'asil, però sí que *la qualitat d'estranger és presa en consideració per donar resposta a problemes concrets*⁶⁶ com els que resulten de les mesures d'allunyament.

Un estat pot ser considerat responsable d'un allunyament il·legítim d'acord amb els estàndards internacionals o europeus si la norma primària que protegeix determinats drets humans és interpretada com abastant també la protecció de les persones contra el risc de violació de la regla en un altre estat. La responsabilitat de l'estat d'asil es deriva en aquest cas de l'incompliment de l'obligació de protegir suficientment la persona que es troba sota la seva autoritat. En aquests casos, *el poder de l'estat d'expulsar o extraditar es considera que queda restringit*⁶⁷.

Com expressa Tom Clark, els estats tenen l'obligació *d'anticipar les violacions dels drets no derogables com a conseqüència del retorn*⁶⁸.

1. La protecció del dret de no patir de tortura, tractaments, penes o càstigs inhumans o degradants

610. El dret de no patir tortures, tractaments, penes o càstigs inhumans o

pendent de ser resolta per part de l'administració una petició d'un permís de residència i treball. En aquest cas plana la idea que la il·legalitat és en part deguda a la manca de diligència de l'administració en resoldre la petició; Juzgado Contencioso Administrativo Nº 4, Zaragoza, sentència de 28 d'abril de 2006, afer *Moses Oppong*, Nº 28/2006.

⁶⁵ El *Conseil d'État* francès hauria avalat el maig de 2004 decisions de *reconduite à la frontière* en cas de persones d'ètnia gitana que, havent entrat al país feia menys de tres mesos, no tenien recursos suficients per viure, d'acord amb l'article 5§1.c) del Conveni de Schengen que permet l'admissió sempre que es disposin dels *mitjans suficients*; Bertrand Bissuel, "Des ressources trop faibles peuvent justifier une reconduite à la frontière", *Le Monde*, 20 de juliol de 2004, pàg. 8.

⁶⁶ Yves Madiot, "Un statut européen de l'étranger dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme", *loc. cit.*, pàg. 41.

⁶⁷ Per exemple, Giorgio Gaja, "Expulsion of Aliens: Some Old and New Issues in International Law", *loc. cit.*, pàg. 300.

⁶⁸ Tom Clark, "Human Rights and Expulsion: Giving Content to the Concept of Asylum", *IJRL*, vol. 4, núm. 2, 1992, pàg. 196.

degradants està garantit en els estats de la Unió Europea per l'article 5 de la Declaració Universal de drets humans; l'article 7 del Pacte Internacional de drets civils i polítics; l'article 3 de la Convenció contra la tortura de les Nacions Unides; i per l'article 3 del Conveni Europeu de drets humans i llibertats fonamentals. En tots els casos els fets generadors de la responsabilitat de l'estat d'acollida del demandant d'asil poden ser de dos tipus:

- a. la conducció mateixa de l'acte d'allunyament del territori (ús excessiu de la força; extrema fragilitat de la persona expulsada que fa desproporcionat qualsevol ús de la força; etc.) pot generar responsabilitat a la llum d'aquestes previsions convencionals⁶⁹; o
- b. també pot generar responsabilitat de l'estat que allunya el fet que en l'estat de destí hi hagi un risc real qualificat de patir els tractaments prohibits.

Tenint en compte el desenvolupament que s'ha fet en el Capítol XI del dret dels demandants d'asil de gaudir d'unes condicions de detenció dignes que no atansessin el llindar de tractament prohibit per l'article 3 del Conveni europeu de drets humans (condicions que perduren mentre s'està sota l'autoritat dels agents de l'estat que executen materialment l'expulsió), aquí es desenvoluparà sobretot la qüestió del dret dels demandants d'asil de no ser allunyats quan podrien patir tractaments prohibits en el lloc de destí.

a. La protecció contra la tortura i el patiment de tractaments cruels, inhumans i degradants del Pacte internacional de drets civils i polítics i el seu sistema de garantia

611. L'article 7 del Pacte de Drets civils i polítics⁷⁰ ha estat interpretat per part del Comitè de Drets humans com que inclou el dret de no ser allunyat o expulsat en cas que la mesura aboqui al tipus de tractaments prohibits. En el Comentari general 20 sobre aquest article s'estableix que

A parer del Comitè, els estats parts no han d'exposar les persones al perill de patir tortura o a tractaments o a càstigs cruels, inhumans o degradants en retornar a un

⁶⁹ Només quan la conducció material de l'allunyament té un resultat de mort, els mitjans de comunicació a vegades s'han fet ressò de la punta d'un iceberg de deshumanització de tractament de les persones estrangeres, com per exemple va ser el cas d'Arumugan Kanapathillai, nacional de Sri-Lanka de trenta tres anys que va morir a l'hospital després d'una temptativa d'allunyament forçós del territori. En el judici sobre aquell cas, vuit anys després dels fets, les associacions de defensa dels drets dels estrangers van posar de manifest les pràctiques dels agents de policia en l'execució dels allunyaments, constitutives de maltractaments en el límit de la tortura; Nicolas Weill, "Deux policiers jugés après un décès lors d'une reconduite à la frontière", *Le Monde*, 24 de maig de 1999, pàg. 9. La qüestió de l'eventual violació de l'article 3 per les modalitats de l'allunyament es va plantejar per exemple, a TEDH, sentència de 28 de novembre de 1996, afer *Nsona v. the Netherlands*, núm. 23366/94, §94-99.

⁷⁰ L'article 7 del Pacte estableix que *ningú no serà sotmès a tortures ni a penes o tractaments cruels, inhumans o degradants*.

*altre país a través de la seva extradició, expulsió o refoulement*⁷¹.

La protecció contra la tortura i altres tractaments cruels, inhumans o degradants del Pacte ha estat útil per tal de garantir protecció en el territori en situacions on la persona podia patir riscos de consideració per a la vida o la integritat si era obligat a retornar a l'estat d'origen. Es considera que l'estat que expulsa o consent en l'allunyament de la persona incorre en una violació actual del Pacte en la mesura de la possibilitat de predicció de la conseqüència, fins i tot si aquesta no ocorreria fins a un moment posterior.

Aquesta doctrina és especialment rellevant perquè, ampliant la responsabilitat dels estats a les accions que tindran com a conseqüència necessària i previsible un tractament contrari al Pacte en un altre estat (part o no part en el mateix) s'estableixen les bases per a un desenvolupament posterior. El Comitè de Drets humans en les consideracions a la Comunicació núm. 470/1991 del cas *Kindler contra Canadà*, va afirmar que

*L'article 2 del Pacte requereix dels estats parts que garanteixin els drets de les persones que són sota la seva jurisdicció. Si una persona és legalment expulsada o extraditada, l'estat part afectat no tindrà generalment responsabilitat en virtut del Pacte per les violacions dels drets que la persona pugui patir amb posterioritat en una altra jurisdicció. En aquest cas, l'estat part clarament no està obligat a garantir els drets de les persones que es troben en altres jurisdiccions. Això no obstant, si un estat part adopta una decisió relativa a una persona que es troba en la seva jurisdicció, i la conseqüència necessària i previsible és que els drets que aquesta persona té en virtut del Pacte seran violats en una altra jurisdicció, l'estat part pot ell mateix també incorrer en violació del Pacte. Això es deriva del fet que el deure de l'estat part en virtut de l'article 2 del Pacte seria anorreat pel lliurament d'una persona a un altre (tant si es tracta d'un estat part en el pacte com si no) on el tractament contrari al Pacte és segur o és el veritable propòsit de la tramesa. Per exemple, un estat part incorrerà en violació de del Pacte si lliura una persona a un altre estat en circumstàncies en què era previsible que s'esdevindria tortura. La previsibilitat de la conseqüència significa que hi havia una violació actual per part de l'estat part, fins i tot si la conseqüència no s'esdevé fins a un moment posterior*⁷².

Per al Comitè, no es tracta de saber si l'estat de destí violarà els drets del Pacte, sinó si amb l'allunyament (en aquest cas, extradició) l'estat part exposa la persona a un *risc real de violació dels seus drets d'acord amb el Pacte*⁷³.

També en el cas *Kindler* el Comitè de drets humans es va referir a si el fenomen del *corredor de la mort*, associat a la pena de mort, constituïa una violació de l'article 7. En general es considera que *períodes prolongats de detenció sota un règim sever de custòdia en el corredor de la mort no pot ser generalment considerat com constituent tractament*

⁷¹ Comitè de Drets humans, *Observación General N° 20 Artículo 7 Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, 44ª período de sesiones (1992), § 9; *Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos*, HRI/GEN/1/Rev.7, 12 de maig de 2004.

⁷² CèDH, dictamen 30 de juliol de 1993, afer *Kindler v. Canada*, Comunicació N° 470/1991, UN Doc. CCPR/C/48/D/470/1991 (1993), §6.2.

⁷³ *Ididem*, §13.1.

*cruel, inhumà o degradant si la persona detinguda està únicament esperant el resultat de les apel·lacions que ha fet*⁷⁴. Per al Comitè, cal evitar donar el missatge als estats que un cop dictada, la pena de mort ha de ser ràpidament executada, ja que la *vida en la galeria dels condemnats, per dura que sigui, és preferible a la mort*⁷⁵. Malgrat això, el Comitè considera que cal examinar les circumstàncies de cada cas per veure si és en joc l'article 7. La solució del Comitè en aquest punt és més matisada i un poc més desenvolupada que la del TEDH en el cas *Soering* de 1989, també relatiu al risc de patir maltractaments pel síndrome del corredor de la mort, com es veurà més endavant.

El Comitè de drets humans considera que cal valorar tres elements en cada cas en concret per saber si es pot produir una violació de l'article 7:

- a. els factors personals destacats relatius a la presumpte víctima;
- b. les condicions específiques de la detenció en el corredor de la mort; i
- c. si el mètode d'execució és especialment detestable⁷⁶.

El Comitè detalla més que el TEDH (de manera explícita, comparant el cas *Soering* i el cas *Kindler*) les qüestions que cal valorar que, en definitiva, permeten establir la major o menor vulnerabilitat de la víctima i els tractaments en l'estat de destí. A la pràctica, el Comitè de drets humans demostra ser més restrictiu alhora d'establir que efectivament hi haurà un risc de ser maltractat en cas d'allunyament.

De tota manera, en algun cas, sí s'ha considerat que l'allunyament constituïa una violació del Pacte, com en el cas *Chitat Ng contra Canadà*. En ell, el Comitè va tenir en compte la darrera de les variables que havia establert prendre en consideració en el cas *Kindler*, i la va interpretar d'acord amb la norma de *soft law* que constitueix el *Comentari General 20 sobre l'article 7* on s'estableix que quan s'imposa una pena de mort, l'execució de la sentència *ha de ser duta a terme de manera tal que causi el patiment físic i mental menor possible*⁷⁷. En el cas finalment va considerar que *l'execució per mitjà de gas asfixiant seria la pena de mort imposada a l'autor i que aquesta no respectava el test del "menor patiment físic i mental possible" i constituïa tractament cruel i inhumà, en violació de l'article 7 del Pacte*⁷⁸.

⁷⁴ *Ididem*, §15.2

⁷⁵ CtèDH, dictamen de 22 de març de 1996, afer *Errol Johnson v. Jamaica*, Comunicació N° 588/1994, UN Doc. CCPR/C/56/D/588/1994 (1996), §8.4.

⁷⁶ CtèDH, dictamen 30 de juliol de 1993, afer *Kindler v. Canada*, Comunicació N° 470/1991, UN Doc. CCPR/C/48/D/470/1991 (1993), §15.3. El Comitè reprèn aquesta doctrina en d'altres casos; CtèDH, dictamen de 31 d'octubre de 1994, afer *Cox v. Canada*, Comunicació N° 539/1993, UN Doc. CCPR/C/52/D/539/1993 (1994), §17; CtèDH, decisió de 3 d'abril de 1995, afer *Simms v. Jamaica*, Comunicació N° 541/1993, UN Doc. CCPR/C/53/D/541/1993 (1995), §6; CtèDH, decisió de 4 d'abril de 1995, afer *Rogers v. Jamaica*, Comunicació N° 494/1992, UN Doc. CCPR/C/53/D/494/1992 (1995), §6.

⁷⁷ CtèDH, *Observación General N° 20, loc. cit.*, §6.

⁷⁸ Es considerava que Canadà podia raonablement preveure que Mr. Ng, si era condemnat a mort, seria executat d'una forma que suposaria violació de l'article 7. CtèDH, dictamen de 5 de novembre de 1993, afer *Chitat Ng v. Canada*, Comunicació N° 469/1991, UN Doc. CCPR/C/49/D/469/1991 (1994), §16.2-4

Igual que passa en relació amb la protecció de l'article 3 del Conveni europeu de drets humans (i a diferència de la Convenció contra la tortura), per considerar que hi ha un risc real de ser sotmès a tractaments contraris a l'article 7 del Pacte, és irrellevant quina sigui la font del risc⁷⁹.

b. Les garanties de la Convenció i el Comitè contra la tortura

612. La Convenció contra la tortura i altres tractaments cruels, inhumans o degradants de 1984 preveu com a obligacions dels estats parts que aquests han d'adoptar mesures eficaces per tal d'impedir actes de tortura en tot el territori sota la seva jurisdicció⁸⁰. A més, la Convenció facilita l'extradició de les persones acusades de tortura, si bé estableix una cautela relativa a la possibilitat de sotmetre els presumptes torturadors o qualsevol altre persona a tractaments contraris a la Convenció⁸¹. Expressament es preveu que els estats no poden exposar ningú al perill de patir tortura mitjançant expulsió, devolució o extradició⁸².

El paràgraf 2 de l'article 2 exclou la possibilitat d'invocar *circumstàncies excepcionals tals com estat de guerra o amenaça de guerra, inestabilitat política interna o qualsevol altra emergència pública com a justificació de la tortura*. Els drets de les persones derivats d'aquestes obligacions són considerats, d'altra banda, drets de caràcter absolut, d'acord amb la doctrina del Comitè contra la tortura⁸³.

El Comitè contra la tortura, d'altra banda, ha establert quines diferències hi ha entre la protecció que ofereix la Convenció respecte de les mesures d'allunyament en el cas dels refugiats, i la que proporciona la Convenció de Ginebra a través de la regla de *non-refoulement* de l'article 33 i de la pròpia definició de refugiat de l'article 1 que preveu

⁷⁹ CteDH, *Observación General N° 20, loc. cit.*, § 2.

⁸⁰ Article 2§1. de la Convenció contra la tortura.

⁸¹ Nigel Rodley, Matt Pollard, "Criminalisation of Torture: State Obligations under the United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment", *EHRLR*, núm. 2, 2006, pàgs.131-134.

⁸² Article 3 de la Convenció: *1. Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura. 2. A los efectos de determinar si existen esas razones, las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, inclusive, cuando proceda, la existencia en el Estado de que se trate de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos.*

⁸³ CteCT, decisió de 28 d'abril de 1997, afer *Paez v. Sweden*, Comunicació N° 39/1996, CAT/C/18/D/39/1996, § 14.5. En aquesta decisió el Comitè diu expressament que considera el test de l'article 3 com a absolut, i destaca que quan hi ha raons fonamentades per creure que un individu estaria en perill de ser sotmès a tortura un cop expulsat a un altre estat, els estats parts tenen l'obligació de no retornar la persona cap aquest estat, independentment de la naturalesa de les activitats en què la persona afectada estigués compromesa. En el mateix sentit també, CteCT, decisió de 29 de maig de 1997, afer *Seid Mortesa Aemei v. Switzerland*, Comunicació N° 34/1995, CAT/C/18/D/34/1995, § 9.8; i CteCT, decisió de 20 de maig de 2005, afer *Ahmed Hussein Mustafa Kamil Agiza v. Sweden*, Comunicació N° 233/2003, CAT/C/34/D/233/2003, §13.8.

exclusions en funció de comportaments de la persona. D'acord amb el Comitè l'article 3 s'aplica

independentment de si la persona afectada ha comès crims i de la seriositat d'aquests crims (...). (L')estatut jurídic de la persona afectada en l'estat on se li permet estar no és rellevant per al Comitè⁸⁴.

Les limitacions més important de la Convenció contra la tortura en relació amb altres instruments internacionals que regulen el mateix objecte, com el Conveni europeu de drets humans o el Pacte de drets civils i polítics, és que conté una definició més estricta de tortura i el dret de no ser allunyat es limita al risc de patir tortura (i no tractaments inhumans o degradants⁸⁵). La tortura es defineix a l'article 1 d'aquesta Convenció com a actes que produeixen patiments aguts físics o mentals *intencionalment infligits* per tal d'obtenir determinats fins (confessions, càstigs, intimidació, etc.) per part d'un *funcionari públic o de qualsevol altra persona que actuï en exercici de funcions públiques, a instigació seva, o amb el seu consentiment o aquiescència*⁸⁶.

En relació amb la prohibició d'allunyament quan hi hagi *raons fundades* per creure que una persona estaria en risc de ser torturada, el paràgraf 2 de l'article 3 disposa que

Als efectes de determinar si existeixen aquestes raons, les autoritats competents tindran en compte totes les consideracions pertinents, inclusivament, quan procedeixi, l'existència en l'estat en què es tracti d'un quadre persistent de violacions manifestes,

⁸⁴ CtèCT, decisió de 5 de maig de 1999, afer *M.B.B. c. Suecia*, Comunicació N° 104/1998, CAT/C/22/D/104/1998, § 6.4.

⁸⁵ La qüestió de si el risc de patir tractaments inhumans o degradant en cas d'allunyament entrava dins de l'àmbit d'aplicació de la Convenció es va plantejar en un cas de 2003. En ell, respecte de l'al·legació de violació dels articles 2 i 6 de la Convenció pel risc d'una persona de ser exposada a maltractaments a Bangladesh, el Comitè contra la tortura va establir que *l'abast de l'obligació de no devolució descrita a l'article 3 no compren les situacions de maltractament previstes a l'article 16. Per tant, les al·legacions fetes d'acord amb els articles 2 i 16 respecte de l'expulsió de l'autor són inadmissibles ratione materiae per ser incompatibles amb les disposicions de la Convenció*. CtèCT, decisió de 18 de novembre de 2003, afer *T.M. c. Suecia*, Comunicació N° 228/2003, CAT/C/31/D/228/2003, §6.2. En aquest afer, Fernando Mariño Menéndez va expressar la seva disconformitat amb aquesta solució en un vot particular en què considerava que la qüestió havia d'haver superat el tràmit de l'admissibilitat i ser tractada en el fons, tenint en compte l'objecte de la Convenció (*fer més eficaç la lluita contra la tortura i altres tractaments o penes cruels, inhumans o degradant en tot el món*) i el fet de l'existència de normes generals de drets internacional referents a la prohibició de tractaments cruels, inhumans o degradants; Fernando Mariño Menéndez, "Voto particular parcialmente disconforme del miembro del Comité Sr. Fernando Mariño Menéndez", a la decisió del Comitè contra la tortura de 18 de novembre de 2003, afer *T.M. c. Suecia*, Comunicació N° 228/2003, CAT/C/31/D/228/2003.

⁸⁶ Article 1 de la Convenció contra la tortura: *1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas. 2. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance.*

paleses o massives dels drets humans.

Aquesta previsió però, ha estat interpretada pel Comitè contra la tortura com que

“un quadre persistent de violacions manifestes, paleses o massives dels drets humans”, només pot entendre's referit a les violacions comeses per un funcionari públic o una persona en l'exercici de funcions públiques, a instigació seva, o amb el seu consentiment o aquiescència⁸⁷.

Finalment, el Comitè contra la tortura també ha refusat l'argument sobre que en casos de *refoulement*, recau sobre la suposada víctima una *càrrega especial* de justificar i defensar *prima facie* de forma convincent el cas per tal que sigui declarada admissible una comunicació⁸⁸.

613. L'ALLUNYAMENT CAP A UN PAÍS TERCER: *PRIMER PAÍS D'ASIL I ESTAT TERCER SEGUR*. La Convenció contra la tortura s'aplica, d'acord amb la redacció de l'article 3 a qualsevol mesura d'allunyament *cap a un altre estat on hi ha motius seriosos per creure que* (la persona) *corre el risc de ser sotmesa a tortura*. En l'única Observació general emesa fins ara, el Comitè contra la tortura estableix respecte d'aquest article que l'expressió *un altre estat* es refereix

a l'estat cap a on s'expulsa, retorna o extradeix la persona afectada;

però que, no obstant,

també pot entendre's referida a qualsevol estat cap a on es pugui expulsar, retornar o extraditar posteriorment⁸⁹.

Per això, la Convenció és aplicable en casos de devolució a estats que al seu torn no respectin l'obligació de no retornar o expulsar la persona a llocs on podria patir tortura. En aquest sentit, es pot considerar violació de la Convenció tant la primera devolució a un estat que no respecta els principis de la Convenció així entesos, com la segona, si aquest darrer estat és part en la Convenció. Aquesta interpretació té una importància especial a l'hora de valorar la conformitat amb els estàndards internacionals de les normatives i pràctiques dels estats relatives a la devolució de demandants d'asil a suposats *primers estats d'asil*, o a *estats de trànsit segurs*. Davant del Comitè contra la tortura han estat evocades qüestions relacionades amb decisions d'aquest tipus, un cop la demanda d'asil de la persona havia estat refusada o quan encara estava pendent de ser resolta.

⁸⁷ CteCT, *Observación general N° 1. Aplicación del artículo 3 en relación con el artículo 22 de la Convención*, adoptada el 21 de novembre de 1997, §3; *Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos*, HRI/GEN/1/Rev.7, 12 de maig de 2004. Això va fer que en un cas de retorn forçat al Perú no es considerés que entrava dins de l'àmbit d'aplicació de la Convenció els riscos de patir patiments de part de "Sendero Luminoso"; CteCT, dictamen de 15 de maig de 1998, afer *G.R.B. c. Suecia*, Comunicació N° 83/1997, CAT/C/20/D/83/1997, §6.5.

⁸⁸ CteCT, dictamen de 6 de maig de 1999, afer *N.P. c. Australia*, Comunicació N° 106/1998, CAT/C/22/D/106/1998, § 6.2.

⁸⁹ CteCT, *Observación general N° 1. Aplicación del artículo 3 en relación con el artículo 22 de la Convención*, adoptada el 21 de novembre de 1997, *loc. cit.*, §2.

En un cas de 1997, *Tala contra Suècia*, un demandant d'asil iranià que havia transitat per dos estats europeus, havia arribat finalment a Suècia, que es plantejava el seu retorn al país d'origen. L'estat defensor es va referir a les condicions del retorn de la persona al seu país d'origen, considerant aquest com a no contrari a les obligacions de la Convenció, però el Comitè contra la tortura en la decisió final va establir l'estat tenia una obligació d'evitar el retorn forçós de la persona cap a l'Iran o cap a *qualsevol altre estat* on correués un risc real de ser expulsat o retornat a l'Iran⁹⁰.

En un cas resolt el 1998 es va plantejar la conformitat amb la Convenció contra la tortura d'una decisió de refusar una persona d'origen tamil provenint de Sri Lanka que sol·licitava el reconeixement de la condició de refugiat cap a un *tercer estat segur* considerat *estat de primer asil*. L'interessat va arribar al Canadà des dels Estats Units i, després de ser-hi retornat una primera vegada (en ser-li refusada la sol·licitud de refugi), va tornar a territori canadenc i hi va presentar una segona demanda de protecció. Com que aquesta darrera petició estava pendent de ser resolta en el moment de determinar l'admissibilitat de la comunicació, el Comitè no va arribar a examinar l'argument de l'estat sobre la manca de fonamentació de l'acusació de l'autor. Es deia, en aquest sentit, que el temor al·legat a la comunicació es referia a un possible retorn a Sri Lanka, i que si es produïa l'allunyament, aquest probablement tindria com a destí els Estats Units, estat des d'on s'havia produït l'accés a territori canadenc. Una decisió de 19 de juny de 1998 va considerar la comunicació inadmissible⁹¹.

614. L'ALLUNYAMENT CAP AL PAÍS D'ORIGEN I *INTERNAL FLIGHT ALTERNATIVE*. En una comunicació presentada el gener de 1995, es va plantejar si la possibilitat d'un reassentament en lloc segur dins les fronteres de l'estat d'origen justificava la possibilitat de devolució, és dir, si el que s'anomena *internal flight alternative* exclou o minva les possibilitats de la persona de cercar asil fora del territori de l'estat d'origen. Ismail Alan, presumpte activista kurd que havia hagut de fugir de Turquia, va plantejar al Comitè que la seva devolució cap a aquest país per part de les autoritats suïsses que li havien refusat asil, constituïria violació de l'article 3 de la Convenció contra la tortura pel temor de patir tractaments contraris a la Convenció en aquest país. El govern suís va argumentar que si l'autor temia tenir dificultats a la regió de Tuncei d'on era originari o a Izmir on s'hi va estar un temps detingut, *podria anar a una altra part del territori* ja que, considerant que força kurds havien viscut pacíficament en el centre i oest del país no apareixia *cap raó per que l'autor no pugui retornar al seu país*. El Comitè, tot i que no va refusar l'argumentació com a qüestió de principi, va considerar que *no és probable* que existeixi un lloc segur per

⁹⁰ CtèCT, decisió de 15 de novembre de 1996, afer *Kaveh Yaragh Tala v. Sweden*, Comunicació N° 43/1996, CAT/C/17/D/43/1996, § 10.3. En el mateix sentit, CtèCT, decisió de 29 de maig de 1997, afer *Seid Mortesa Aemei v. Switzerland*, Comunicació N° 34/1995, CAT/C/18/D/34/1995, § 10.

⁹¹ CtèCT, decisió sobre l'admissibilitat de 19 de juny de 1998, afer *V.V. v. Canada*, Comunicació N° 47/1996, CAT/C/20/D/47/1996.

a l'autor a Turquia⁹².

El Comitè contra la tortura també va refusar un altre argument avançat per l'estat defensor sobre que com que Turquia també era part en la Convenció, i havia acceptat la competència del Comitè per rebre comunicacions individuals segons l'article 22, en tot cas, si els seus temors s'actualitzaven, la víctima sempre podria reclamar contra l'estat de destí. El Comitè va indicar que la pràctica de la tortura era encara sistemàtica a Turquia i que el principal objectiu de la Convenció era prevenir-la i no reparar-la un cop comesa, i que, per tot això, el fet que Turquia fos part del Conveni i hagués reconegut la competència del Comitè segons l'article 22 no constituïa, en les circumstàncies d'aquest cas, garantia suficient de la seguretat de la persona⁹³.

615. LA VALORACIÓ DEL RISC EN CONTEXTOS DE VIOLÈNCIA GENERALITZADA. En el cas *Mutombo*, el Comitè contra la tortura va acollir la demanda de no ser expulsat cap al Zaire d'un demandant d'asil a qui Suïssa havia refusat protecció. En la seva comunicació, el Comitè va establir però que calia mostrar una afectació *personal* pel risc general

D'acord amb el paràgraf 1 de l'article 3, el Comitè ha de decidir si hi ha raons fonamentades per creure que el Sr. Mutombo estaria en perill de ser sotmès a tortura. Per arribar a aquesta conclusió, el Comitè ha de tenir en compte totes les consideracions pertinents, d'acord amb el paràgraf 2 de l'article 3, inclosa l'existència d'un quadre persistent de violacions manifestes, paleses o massives dels drets humans. Ara bé, aquesta reflexió té per objecte determinar si l'interessat podria personalment ser sotmès a tortura en el país a on fos retornat. D'això es deriva que l'existència d'un quadre persistent de violacions manifestes, paleses o massives dels drets humans no constitueix per ella mateixa motiu suficient per afirmar que una persona pot ser sotmesa a tortura en tornar a aquest país; han d'existir motius suplementaris per pensar que l'interessat estaria personalment en perill. Igualment, la inexistència d'un quadre persistent de violacions manifestes, paleses o massives dels drets humans no significa que pugui considerar-se que una persona no corre el risc de ser sotmesa a tortura en el seu cas particular⁹⁴.

L'existència en un país d'una situació de violacions massives, flagrants o paleses de drets humans fan que l'estàndard de prova aplicat en el cas sigui menor, tot i que no

⁹² *As regards the State party's argument that the author could find a safe area elsewhere in Turkey, the Committee notes that the author already had to leave his native area, that Izmir did not prove secure for him either, and that, since there are indications that the police are looking for him, it is not likely that a "safe" area for him exists in Turkey.* CtECT, decisió de 8 de maig de 1996, afer *Alan v. Switzerland*, Comunicació N° 21/1995, CAT/C/16/D/21/1995, § 11.4.

⁹³ *Ibidem*, § 11.5.

⁹⁴ En el cas el quadre de violacions massives al Zaire serveix per recolzar que el demandant, desertor i significat políticament, estaria en perill de ser sotmès a tortura en cas d'expulsió. CtECT, decisió de 27 d'abril de 1994, afer *Balabou Mutombo c. Suïza*, Comunicació N° 13/1993, §9.2-3; *Informe del Comitè contra la Tortura. Asambleu general. Documentos oficiales Cuadragésimo noveno período de sesiones Suplemento N° 44 (A/49/44)*, pàgs. 46-53.

basten per establir el risc de patir tortura (ni per descartar-lo). L'exigència de la probabilitat i la previsibilitat del risc es transmuten en el requisit de demostrar una afectació *personal*⁹⁵.

De tota manera, cal poder provar que hi ha fonaments importants (*substantial grounds*) per creure que una persona es troba personalment davant d'un risc real *actual* previsible de patir tortura en el lloc de destí⁹⁶. Per al Comitè no cal que el risc passi el test de ser *altament probable* o *molt probable*⁹⁷, però sí que es compleixin els tres criteris en relació al risc: que sigui previsible, real i personal⁹⁸. I, per a valorar aquest darrer criteri, cada cop més es refereix a la prova de la *particular vulnerabilitat* del demandant⁹⁹.

El Comitè contra la tortura també ha sofert una evolució en la valoració dels riscos i de la credibilitat de l'autor de les comunicacions. Cada cop més, amb un augment de la quantitat d'afers per resoldre, el risc que s'anés augmentant la càrrega de la prova dels autors de les comunicacions¹⁰⁰ s'ha materialitzat i, especialment, a partir dels anys 2002 i 2003 aquesta càrrega és força més gran que anteriorment. El Comitè ha fet un exercici d'apropament implícit a un tipus de raonament del TEDH segons el qual tot i que ell té el poder de valorar lliurement els fets i les circumstàncies de cada cas, *ha de donar un pes considerable a l'establiment dels fets que han fet els òrgans de l'estat part*¹⁰¹.

⁹⁵ Per aquest motiu s'ha considerat que l'estàndard de prova del Comitè contra la tortura és menor que el que s'aplica en el sistema de garantia del Conveni europeu de drets humans; Walter Suntinger, "The Principle of *Non-Refoulement*: Looking Rather to Geneva than to Strasbourg?", *AJPIL*, vol. 49, núm. 2-4, 1995, pàgs. 224-225.

⁹⁶ Malgrat els períodes de presó als que havia estat sotmès en el passat el demandant, acompanyats de maltractaments físics i psíquics, no es va considerar que l'allunyament vers Etiòpia més de deu anys després fos contrari a la Convenció en el cas *CtèCT*, decisió de 14 de novembre de 2005, afer *Z.T. v. Norway*, Comunicació N° 238/2003, CAT/C/35/D/238/2003, §13.1-3; també *CtèCT*, decisió de 3 de maig de 2005, afer *M.M.K. v. Sweden*, Comunicació N° 221/2002, CAT/C/34/D/221/2002, §8.5; i *CtèCT*, dictamen de 12 de novembre de 1999, afer *A.D. v. Netherlands*, Comunicació N° 96/1997, CAT/C/23/D/96/1997, §7.4.

⁹⁷ *CtèCT*, *Observación general N° 1. Aplicación del artículo 3 en relación con el artículo 22 de la Convención*, adoptada el 21 de novembre de 1997, *loc. cit.*, §6. Aplicant aquest criteri amb resultat favorable a la presumpta víctima: *CtèCT*, decisió de 8 de maig de 2002, afer *Chedli Ben Ahmed Karoui c. Suecia*, Comunicació N° 185/2001, CAT/C/28/D/185/2001, §10 (respecte d'una expulsió a Tunísia); *CtèCT*, dictamen de 8 de maig de 1996, afer *Pauline Muzonzo Paku Kisoki c. Suecia*, Comunicació N° 41/1996, CAT/C/16/D/41/1996, §9.3 (respecte d'una devolució al Zaire). I amb resultat de no violació de l'article 3: *CtèCT*, decisió de 12 de maig de 2002, afer *M.A.K. c. Alemania*, CAT/C/32/D/214/2002, §13.5 (respecte d'un retorn a Turquia).

⁹⁸ Per exemple, *CtèCT*, dictamen de 20 de novembre de 1998, afer *Halil Haydin v. Sweden*, Comunicació N° 101/1997, CAT/C/21/D/101/1997, §6.5.

⁹⁹ Per exemple, *CtèCT*, decisió de 5 de maig de 2003, afer *S.S. c. Países Bajos*, Comunicació N° 191/2001, CAT/C/30/D/191/2001, §6.7; *CtèCT*, decisió de 12 de maig de 2006, afer *Mehdi Zare v. Sweden*, Comunicació N° 256/2004, CAT/C/36/D/256/2004, §9.6.

¹⁰⁰ Aquest risc havia estat assenyalat per Brian Gorlick, "The Convention and the Committee against Torture: A Complementary Protection Regime for Refugees", *IJRL*, vol. 11, núm. 3, 1999, pàg. 495.

¹⁰¹ *CtèCT*, dictamen de 14 de novembre de 2003, afer *A.R. c. Países Bajos*, Comunicació N° 203/2002, CAT/C/31/D/203/2002, §7.6.

També considera que la posició d'aquests és millor mentre els resultats no siguin *arbitraris* o manifestament *no raonables*¹⁰². Aquest canvi *subtil de retòrica* ha estat valorat com que *el Comitè ha abdicat en el seu paper com a mecanisme preventiu en els darrers anys i ha abraçat completament el seu paper d'avalador oficial dels refusos d'asil individual i ha donat legitimitat internacional a les polítiques nacionals d'asil que fa temps que han deixat de tenir cura de les víctimes concretes*¹⁰³.

c. Les garanties del Conveni europeu de drets humans respecte del dret de no ser torturat ni sotmès a tractaments inhumans o degradants

616. Dels tres instruments amb sistemes de garantia propis per a la protecció del dret de no patir tortures o tractaments o càstigs inhumans o degradants, en el context de la Unió Europea, el Conveni europeu de drets humans és el que dona una protecció més àmplia i que ofereix unes garanties més acurades en cas de violació *virtual*¹⁰⁴ causada per una mesura allunyament. Per això, si bé el mateix supòsit de fet pot entrar dins de l'àmbit d'aplicació dels tres instruments de protecció que tenen òrgans propis de garantia, per als demandants d'asil que s'enfronten a una expulsió del territori sovint pot resultar més eficient l'accés al Tribunal europeu¹⁰⁵.

Com ho ha exposat el professor Juan Antonio Carrillo Salcedo, els drets dels refugiats gaudeixen d'una protecció indirecta derivada d'una interpretació en certa mesura extensiva i finalista del Conveni europeu. Aquesta és una interpretació favorable a una concepció restrictiva de les competències sobiranes dels estats, que es fonamenta tant en regles imperatives de dret internacional com en la mateixa naturalesa del Conveni, ja que aquest transcendeix el paràmetre de la reciprocitat entre els estats en la creació de veritables drets per als individus¹⁰⁶. La interpretació del Conveni per part del

¹⁰² Ct&CT, decisió de 5 de maig de 2004, afer *A.K. c. Australia*, Comunicació N° 148/1999, CAT/C/32/D/148/1999, §6.5; Ct&CT, decisió de 12 de novembre de 2003, afer *M.O. c. Dinamarca*, Comunicació N° 209/2002, CAT/C/31/D/209/2002, §6.5.

¹⁰³ Jan Doerfel, "The Convention against torture and the protection of refugees", *RSQ*, vol. 24, núm. 2, 2005, pàg. 92.

¹⁰⁴ Empra aquesta expressió Johan Callewaert, "La Cour européenne des droits de l'homme et l'éloignement des étrangers", *RDE*, núm. 90, 1996, pàg. 607.

¹⁰⁵ Hélène Lambert, "Protection against *refoulement* from Europe: Human Rights law comes to the rescue", *ICLQ*, vol. 48, núm. 3, 1999, pàg. 543. D'acord amb aquesta autora, el mecanisme del Pacte és el menys desitjable, ja que acostuma a anar a remolc del què estableixen els òrgans de garantia del Conveni europeu fent més restrictiva la seva doctrina. Per la seva banda, el sistema de la Convenció contra la tortura tindria com a avantatges en relació al sistema del Conveni l'absència de formalisme en la presentació de comunicacions, i l'aplicació d'estàndards de prova més baixos. L'avantatge principal del sistema del Conveni europeu de drets humans i llibertats fonamentals en relació amb el de la Convenció contra la tortura és però, el seu àmbit d'aplicació, que va més enllà de la tortura en cas d'allunyament, i que ha fet que el seu impacte també hagi estat major en els altres òrgans de garantia fins al punt que la seva tasca respecte del *non-refoulement* es pot considerar que té *norm-creating character* (pàg. 544).

¹⁰⁶ Juan Antonio Carrillo Salcedo, "La Convention Européenne des Droits de l'Homme et le

TEDH constantment cerca, en base a aquests paràmetres, un equilibri entre les prerrogatives sobiranes dels estats i les exigències dels drets dels individus, dins dels límits marcats pel propi Conveni, aplicant criteris com el de proporcionalitat, o el de les mesures necessàries en una societat democràtica¹⁰⁷.

617. En el sistema europeu, tot i que la Comissió ja havia avançat alguns elements de la doctrina sobre l'aplicabilitat de l'article 3 en cas d'allunyament d'una persona estrangera, l'afer que marca l'inici d'un veritable desenvolupament jurisprudencial en aquesta matèria és el cas *Soering* resolt pel tribunal l'any 1989. Es tractava d'un cas d'extradició als EEUU d'Amèrica per part del Regne Unit on s'al·legava que la víctima, Jens Soering, acusada de l'assassinat dels pares de la seva parella, podria patir tractament inhumà o degradant derivat del síndrome del corredor de la mort si era condemnada a la pena capital. El TEDH va valorar positivament l'alternativa d'extradició a Alemanya (no preferent segons les regles d'extradició) i, per fer-ho, va estendre l'abast de la responsabilitat de l'estat i va establir la regla que

En principi, no pertany als òrgans del Conveni decidir sobre l'existència o l'absència de violacions virtuals d'aquest. Això no obstant, quan un demandant al·lega que una decisió d'extradir-lo infringiria l'article 3 en cas que fos executada, degut a les conseqüències previsibles en el país de destí, és necessària una derogació de la regla general tenint en compte la naturalesa greu i irreparable del dany invocat que es corre el risc de patir, per tal d'assegurar l'afectivitat de la garantia proporcionada per aquest article.

91. En resum, la decisió d'un estat part d'extradir un fugitiu pot suposar un greuge a la llum de l'article, i engatjar la responsabilitat d'aquest estat d'acord amb el Conveni, quan hi ha motius seriosos (substantial grounds) per creure que l'interessat, si és extradit, acara un risc real de ser sotmès a tortura o a tractaments inhumans o degradants en l'estat que el requereix. L'establiment d'aquesta responsabilitat inevitablement comporta una valoració de les condicions existents en l'estat requirent respecte dels estàndards de l'article 3 del Conveni. Malgrat això, no es planteja l'atribució o l'establiment de la responsabilitat de l'estat receptor respecte del dret internacional general, respecte del Conveni o d'altra forma. En la mesura en que s'incorre o es pot incórrer en responsabilitat en virtut del Conveni, es tracta de responsabilitat de l'estat part que extradeix per causa de l'acció que ha emprès que té com a conseqüència directa exposar una persona a maltractaments prohibits¹⁰⁸.

En l'afer *Cruz Varas contra Suècia* el TEDH va aplicar la mateixa doctrina en un

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 septembre de 1986*, Estrasburg: Consell d'Europa, 1987, pàgs. 33-39.

¹⁰⁷ *Ibidem.*, pàgs. 33-39. També en aquest sentit, 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, op. cit.*, pàgs. 42-46.

¹⁰⁸ TEDH, sentència de 7 de juliol de 1989, afer *Soering v. the United Kingdom*, núm. 14038/88, §90-91. Comentant aquest cas, Javier Roldán Barbero, "La extradición y la pena de muerte en el Convenio europeo de derechos humanos", *RIE*, vol. 17, núm. 2, 1990, pàgs. 537-556; i Frédéric Sudre, "Extradition et peine de mort: arrêt Soering de la Cour européenne des droits de l'homme, du 7 juillet 1989", *RGDIP*, núm. 1, 1990, pàgs. 103-121.

afer relatiu a una expulsió consumada d'un demandant d'asil, la seva dona i el seu fill, xilens, un cop refusada la demanda de protecció, cosa que venia a confirmar que la doctrina del Tribunal sobre la protecció *de retruc* (batejada per la doctrina francesa com *par ricochet* en tant que no directament prevista en el Conveni¹⁰⁹) proporcionada per l'article 3 també abastava mesures diferents de l'extradició¹¹⁰. Aquesta protecció es concreta en una *obligació de l'estat de no expulsar* la persona cap a un país¹¹¹ si aquest estat és la connexió necessària per a que la violació de l'article 3 es produeixi.

618. EL FONAMENT NORMATIU DEL DRET DELS DEMANDANTS D'ASIL DE NO SER EXPULSATS DERIVAT DE LA PROHIBICIÓ DE LA TORTURA I ELS TRACTAMENTS INHUMANS O DEGRADANTS. El raonament del Tribunal europeu de drets humans parteix del caràcter especial de l'article 3 del Conveni europeu com a precepte que inclou un dret essencial de caràcter absolut que els estats han de garantir respecte de les persones que són sota la seva jurisdicció, d'acord amb l'article 1. La justificació, però, de perquè es deriva de l'article 3 el dret de les persones de no ser allunyades d'un estat part si en el país de destí corren un risc real de ser sotmeses a tortura o a tractaments inhumans o degradants, quan això no es preveu expressament al Conveni (a diferència de en el cas de la Convenció contra la tortura) no és clara ni incontrovertible. El TEDH resol el tema a *Soering* posant les bases d'una jurisprudència que es desenvoluparà amb posterioritat, però no ha revisat ni ampliat mai aquestes bases del seu raonament. Com apunta Vincent Chetail, el TEDH sembla resoldre d'una sola tirada dues qüestions sense fer-ho del tot explícit com són l'aplicabilitat de l'article 3 a un cas d'allunyament (extradició) i la resolució d'un conflicte sobre l'aplicabilitat de dues normes convencionals, el Conveni europeu i un tractat d'extradició¹¹². Per fer-ho, parteix de tres elements bàsics:

1. és indiferent la responsabilitat de l'estat tercer eventualment autor material i directe de la tortura o els maltractaments;
2. el Conveni europeu de drets humans preval respecte d'altres tractats internacionals; i

¹⁰⁹ Per exemple, Gérard Cohen-Jonathan, *La Convention européenne des Droits de l'Homme*, Paris, Aix-en-Provence: Economica, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1989, pàgs. 84-85; Frédéric Sudre, "Article 3", Louis-Edmond Pettiti, Emmanuel Decaux, Pierre-Henri Imbert, (dirs.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris: Economica, 1995, pàg. 161.

¹¹⁰ TEDH, sentència de 20 de març de 1991, afer *Cruz Varas v. Sweden*, núm. 15576/89, §70.

¹¹¹ En els primers casos resoltos poc després de *Soering* en TEDH continua referint-se a l'expressió: l'expulsió pot *suscitar un problema respecte de l'article 3*, i així, *comprometre la responsabilitat de l'estat* d'acord amb el Conveni [per exemple, a TEDH, sentència de 30 d'octubre de 1991, afer *Vilvarajah and others v. the United Kingdom*, núms. 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87 i 13448/87, §103]. Però ja en el cas *Chahal*, per exemple, es refereix expressament a que *l'article 3 implica l'obligació de no expulsar la persona en qüestió cap a aquell estat*; TEDH, sentència de 15 de novembre de 1996, afer *Chahal v. the United Kingdom*, núm. 22414/93, §74.

¹¹² Vincent Chetail, "Le droit des réfugiés à l'épreuve des droits de l'homme: bilan de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'interdiction du renvoi des étrangers menacés de torture et de traitements inhumains ou dégradants", *RBDI*, vol. XXXVII, núm. 1, 2004, pàg. 162.

3. l'article 3 conté una *obligació implícita* per als estats parts d'evitar posar a una persona en situació de patir tortura o maltractaments de la forma que sigui, indirectament, a través de l'execució d'una extradició¹¹³.

No es tracta, per tant, d'una interpretació del Tribunal europeu que signifiqui que el Conveni s'aplica extraterritorialment¹¹⁴ i es fa còmplice de l'eventual violació per part d'un tercer estat del dret individual de no ser torturat o sotmès a tractaments inhumans o degradants previst en el Conveni. La responsabilitat per la violació de l'article 3 és directa de l'estat que fa l'allunyament, que és qui té el domini sobre la situació de la persona i, aquesta serà en tot cas *víctima* pel fet mateix de l'allunyament, independentment de si els maltractaments arriben a materialitzar-se en l'estat de destí¹¹⁵.

Alguns autors, com Gregor Noll han intentat reconstruir la fonamentació del Tribunal Europeu de drets humans a través del concepte de les *obligacions positives* dels estats derivades del Conveni. Segons aquesta teoria, per a que es derivi del Conveni un dret de no ser allunyat cal que es donin dos requisits:

- a. que un risc real de violació potencial en cas d'allunyament atansi el grau de violació d'un dret previst en el Conveni; i
- b. que del dret sorgeixin *obligacions positives* dels estats sota la jurisdicció de qui es troba la persona. Això dependrà de la previsibilitat i de la naturalesa del risc. Per a Gregor Noll,

*la valoració del risc trasllada les obligacions positives abstractament inherents en una norma en directrius concretes d'acció. Protecció i previsibilitat estan interrelacionades: com més previsible sigui una violació, més forta esdevé la demanda de protecció per a la presumpta víctima*¹¹⁶.

Aquesta perspectiva, tot i que manté un grau d'indeterminació important i resta molt dependent de la valoració de cada cas concret, permet bandejar la qüestió de fins a quin punt té efectes en la prohibició d'allunyament derivada de l'article 3 la qualificació dels drets d'aquest article com a *absoluts*. Certament que en el Conveni europeu hi ha

¹¹³ *Ibidem*. La doctrina també es referix als drets tàcits o implícits (*implied rights*) del Conveni, per exemple, Michel Melchior, "Rights Not Covered by the Convention", R. St. J. Macdonald, F Matscher, Herbert Petzold (eds.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht, Boston, Londres: Martinus Nijhoff Publishers, 1993, pàgs. 594-595.

¹¹⁴ Hi ha autors però, que consideren que el Conveni té efectes extraterritorials, perquè també s'aplica a violacions potencials en tercers estats. Christine Van Den Wyngaert, "Applying the European Convention on Human Rights to Extradition: Opening Pandora's Box?", *ICLQ*, vol. 39, núm. 4, 1990, pàg. 761.

¹¹⁵ *Pour établir une telle responsabilité de l'Etat qui procède à l'extradition, on ne peut éviter d'apprécier la situation dans le pays de destination à l'aune des exigences des articles en cause. Il ne s'agit pas pour autant de constater ou prouver la responsabilité de ce pays en droit international général, en vertu de la Convention ou autrement. Dans la mesure où une responsabilité se trouve ou peut se trouver engagée sur le terrain de la Convention, c'est celle de l'Etat contractant qui extrade, à raison d'un acte qui a pour résultat direct d'exposer quelqu'un à des mauvais traitements prohibés.* TEDH, decisió de 16 de febrer de 2002, afer *Peñaafiel Salgado contre Espagne*, núm. 65964/01, §2-6.

¹¹⁶ Gregor Noll, *Negotiating Asylum. The EU Acquis, Extraterritorial Protection and the Common Market of Deflection*, The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 2000, pàgs. 467-474.

una clàusula relativa a quins drets no poden ser objecte de derogació en situacions d'emergència (article 15), però de la no-derogabilitat no es deriva cap noció de superioritat o de *jerarquia de llibertats* sinó una *necessitat pràctica que pot sorgir en circumstàncies extraordinàries* i que es justifica només per aquestes¹¹⁷. Basar el dret de les persones de no ser allunyades del territori d'un estat part en el Conveni europeu en el fet que el dret de no patir tortures o maltractaments és *absolut* suposa recolzar la fonamentació en la idea que existeix una regla de *ius cogens* que ho prescriu i que, necessàriament, ho fa no exclusivament des de la força jurídica del Conveni, sinó del dret internacional general.

En el Conveni europeu de drets humans hi ha disposicions que indirectament permeten derogacions en cas d'emergència, com en el cas de l'article 15; i disposicions que, en el cas de drets particulars, permeten la seva limitació o que confirmen la seva relativitat respecte d'altres valors jurídics (articles 5 o 8). D'aquestes previsions expresses en el tractat no es pot fer derivar però una jerarquia entre els diferents drets, ni tampoc es pot predicar en abstracte que alguns dels drets contemplats en el Conveni europeu no puguin ser contrastats o ponderats mai amb d'altres. La qualificació com a *absolut* d'un dret del Conveni pot recolzar la fonamentació dels òrgans de garantia pel fet de ser alhora un principi estructural essencial de la norma convencional o el reflex d'un principi de *ius cogens* de dret internacional general, però no pot ser l'eix de la justificació d'un dret de no ser expulsats dels demandants d'asil. Per això, és més adequat, tot i que més simple, considerar que el dret de no ser expulsat en cas de risc real de patir tractaments contraris a l'article 3 es deriva implícitament d'aquest precepte; i que les obligacions que se n'extreuen per als estats poden ser *obligacions positives* interpretades a la llum de l'article 1 (àmbit d'aplicació del Conveni) i de l'article 34 (deure de no impedir l'exercici efectiu del dret de recurs).

c.1 Àmbit d'aplicació personal: la víctima demandant d'asil

619. En tots els casos en què algú invoca que l'execució de l'allunyament envers el país cap on se'l vol retornar, expulsar, extraditar, etc. el sotmetria a tractaments prohibits per l'article 3, la persona està indirectament demanant asil. La persona demana ser protegida contra aquesta mesura en un estat part, sota la jurisdicció de qui es troba, i la conseqüència de l'èxit de la seva petició resulta ser una protecció territorial, com a mínim, fins que no es trobi un altre estat segur cap on pugui ser enviada¹¹⁸. En la mesura

¹¹⁷ Susanne Zühlke, Jens-Christian Pastille, "Extradition and the European Convention-Soering Revisited", *ZaöRV*, vol. 59, núm. 3, 1999, pàg. 760-762.

¹¹⁸ Això pot tenir com a conseqüència que *una multitud de persones que cerquen protecció residiran temporalment o permanentment en els estats membres del Consell d'Europa*, cosa que pot posar problemes a alguns estats, però aquests han de valorar-se tenint en compte el pes del dret de tothom de no ser sotmès a tortura o tractaments inhumans o degradats; Ralf Alleweldt, "Protection Against Expulsion Under Article 3 of the European Convention on Human Rights", *EJIL*, vol. 4, núm. 3, 1993, pàg. 376. Vist des d'un punt de vista negatiu, es considera que això està *progressivament erosionant la veritable*

d'això, tant si compleixen els requisits per ser considerades refugiades com si no, les presumptes víctimes de maltractaments en cas d'expulsió han de ser considerades demandants d'asil. En alguns casos, no obstant, també les víctimes havien demanat *asil* en el sentit més estricte previst a la majoria de les legislacions nacionals o *refugi* en el sentit de la Convenció de Ginebra de 1951, com passava en el cas *Hilal contra el Regne Unit* resolt pel Tribunal europeu l'any 2001.

El Tribunal europeu de drets humans té en compte en la resolució dels casos la situació personal de la víctima virtual de l'article 3 pels efectes d'una mesura d'expulsió i la seva especial vulnerabilitat. Aquesta vulnerabilitat pot derivar de circumstàncies personals, de l'edat, del sexe, de l'estat de salut, però també de la seva qualitat de refugiada o del fet que ha sol·licitat formalment asil en el territori per motius diferents dels que es deriven estrictament del risc de patir tractaments contraris a l'article 3 en un altre estat.

El Tribunal europeu de drets humans s'ha referit a vegades a les circumstàncies en què es troba una persona i a la seva situació específica personal per tal de valorar la naturalesa i la qualitat del risc a través dels seus efectes potencials en el demandant, però sempre ha refusat que la suposada perillositat de la persona pugui tenir cap rol en la ponderació de l'aplicabilitat de la doctrina de la protecció *de retruc* de l'article 3 en cas d'allunyament.

En moltes ocasions, els governs defensors han al·legat la necessitat que, a l'hora d'establir la responsabilitat de l'estat, els òrgans de garantia valoressin i tinguessin en compte el just equilibri que cal trobar entre *les exigències de l'interès general de la comunitat i els imperatius de la protecció dels drets humans*¹¹⁹; però el TEDH considera que el caràcter absolut de l'article 3 impedeix posar el primer element en un dels plats de la balança¹²⁰.

El cas de referència en què aquesta qüestió va ser decidida de forma taxativa per part del TEDH va ser el cas *Chahal* en què la víctima era un presumpte terrorista. El TEDH va recordar en aquest cas que l'article 3 consagrava un dels *valors fonamentals de les societats democràtiques* i va establir que era

perfectament conscient de les enormes dificultats que troben en la nostra època els estats per protegir la població de la violència terrorista. Tanmateix, fins i tot tenint en compte aquests factors, el Conveni prohibeix en termes absoluts la tortura o les penes o tractaments inhumans o degradants, siguin quins siguin els comportaments de la víctima (...)

naturalesa de l'asil. Alberta Fabbricotti, "The Concept of Inhuman or Degrading Treatment in International Law and its Application in Asylum Cases", *IJRL*; vol. 10, núm. 4, 1998, pàg. 661.

¹¹⁹ Per exemple, TEDH, sentència de 30 d'octubre de 1991, afer *Vilvarajah and others v. the United Kingdom*, núms. 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87 i 13448/87, §105.

¹²⁰ Sobre aquesta qüestió, Dominic Laferrière, "Fighting terrorism and respecting humans rights, a cases study of International Human Rights jurisprudence", Ineta Ziemele, *Expanding the Horizons of Human Rights law. New Authors, New Themes*, Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2005, pàgs. 39-40.

80. La prohibició de maltractaments és igual d'absoluta en matèria d'expulsió. Així, cada vegada que hi ha motius seriosos i provats per creure que una persona patirà un risc real de ser sotmesa a tractaments contraris a l'article 3 si és expulsada vers un altre estat, la responsabilitat de l'estat part –protegir-la d'aquests tractaments– està compromesa en cas d'expulsió. En aquestes condicions, els comportaments de la persona considerada, per indesitjables o perillosos que siguin, no podrien entrar en línia de compte. La protecció assegurada per l'article 3 és així, més ampla que la dels articles 32 i 33 de la Convenció de les Nacions Unides de 1951 relativa a l'estatut dels refugiats¹²¹.

c.2. Àmbit d'aplicació material: el fet generador de la responsabilitat de l'estat, i el risc en l'estat de destí (naturalesa i realitat del risc)

620. EL FET GENERADOR DE LA RESPONSABILITAT DE L'ESTAT. El fet que genera la responsabilitat de l'estat part en el Conveni és una mesura d'allunyament forçós dictada contra un demandant d'asil sempre que aquesta mesura tingui caràcter executiu.

Genera responsabilitat, per tant, qualsevol mesura d'allunyament que obligui a una persona a sortir efectivament del territori de l'estat, bé sigui extradició¹²², expulsió¹²³ o retorn¹²⁴. L'estat, per tant, no és responsable en el cas de mesures que bé no prescriuen una sortida forçosa del país¹²⁵; bé encara no són executives¹²⁶; o bé ja han estat ultrapassades per altres accions de l'estat que les anorrea (concessió d'asil provisional¹²⁷, reconeixement de l'estatut de refugiat¹²⁸, atorgament de protecció subsidiària¹²⁹ o permís de residència¹³⁰,

¹²¹ TEDH, sentència de 15 de novembre de 1996, afer *Chahal v. the United Kingdom*, núm. 22414/93, § 79-80. També en relació a la qüestió del perill del terrorisme, TEDH, sentència de 12 de maig de 2005, afer *Öcalan v. Turkey*, núm. 46221/99, §179.

¹²² TEDH, sentència de 7 de juliol de 1989, afer *Soering v. the United Kingdom*, núm. 14038/88.

¹²³ TEDH, sentència de 20 de març de 1991, afer *Cruz Varas v. Sweden*, núm. 15576/89.

¹²⁴ TEDH, sentència de 30 d'octubre de 1991, afer *Vilvarajah and others v. the United Kingdom*, núms. 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87 i 13448/87.

¹²⁵ Per exemple, que donen un termini per sortir voluntàriament del país, com en el cas TEDH, sentència de 27 d'agost de 1992, afer *Vijayanathan et Pusparajah c. France*, núms. 17550/90 i 17825/91, § 46. D'acord amb el TEDH, els demandants no podien pretendre ser víctimes d'una violació de l'article 3 perquè el refús de la demanda d'estada excepcional en el país només comporta una invitació a marxar, i no s'havia expedit en el cas cap ordre de *reconduite à la frontière* executiva. El refús d'estada en el territori no és per ell mateix contrari a l'article 3, encara que posi la persona en una situació d'il·legalitat, sempre que es toleri la seva presència en el país.

¹²⁶ Per exemple, perquè la mesura preveu que per ser executiva caldrà que sigui completada amb una decisió formal amb la menció del país de destí; CsseDH, decisió de 7 d'abril de 1993, afer *A. L. c. France*, núm. 18807/91, §19-21 (*En Droit*).

¹²⁷ Per tal de formalitzar una demanda d'asil; CsseDH, decisió de 29 d'octubre de 1998, afer *Fidèle Mujiyarugamba et Stéphanie et Anissa Mukeshimana c. France*, núm. 42421/98, §1-3 (*Motifs*).

¹²⁸ CsseDH, decisió de 27 d'octubre de 1997, afer *Berke c. France*, núm. 32824/96, §16-18.

¹²⁹ TEDH, sentència de 9 d'octubre de 1998, afer *Hatami v. Sweden*, núm. 32448/96, §28; TEDH, decisió de 6 de juliol de 2000, afer *Tatete c. Suisse*, núm. 41874/98, §20-22. En el primer cas la Comissió havia establert per unanimitat que hi hauria violació de l'article 3 si el demandant era expulsat a l'Iran; CsseDH, informe de 23 d'abril de 1998, afer *Korosh Hatami v. Sweden*, núm. 32448/96.

¹³⁰ TEDH, decisió de 17 d'octubre de 2000, afer *Ahmada, Saberdjan and Saberdjan v. Lithuania*,

moratòries en les expulsions per a persones de determinada nacionalitat¹³¹, o cancel·lació de la mesura d'allunyament¹³²).

Per considerar que l'estat és responsable d'una violació de l'article 3 per haver executat una mesura d'allunyament, o que ho seria si l'executés, cal que hi hagi motius fonamentats per creure que la víctima potencial acara un risc real de ser sotmès a tortura o penes o tractaments inhumans i degradants.

621. EL RISC EN L'ESTAT DE DESTÍ: LA NATURALESA DEL RISC. El tractament que es tem en l'estat de destí ha d'assolir un mínim nivell de gravetat per tal d'entrar dins de l'àmbit d'aplicació de l'article 3. És indiferent, en principi, el tipus de tractament que es corri el risc de patir¹³³: situacions de persecució per raó de grup social¹³⁴ o de discriminació flagrant¹³⁵; de resultes dels efectes de l'absència de cures mèdiques adequades en circumstàncies excepcionals¹³⁶; o d'esclavatge en un país en què aquest és pràctica social corrent¹³⁷.

El llindar del Tribunal europeu de tota manera és alt i, almenys pel que fa a la qualificació de tortura, pot arribar a ser superior que el llindar necessari per considerar que hi ha persecució en el sentit de l'article 1 de la Convenció de Ginebra. Si hom es refereix únicament a l'element material d'aquest darrer concepte, sovint, la tortura o els tractaments inhumans o degradants poden ser constitutius de *persecució* però no sempre ni a l'inrevés, ja que la persecució pot consistir en el temor de violació d'altres bens jurídics que no són objecte de l'article 3 del Conveni europeu. Uns determinats fets poden alhora ser vistos com a atansant el llindar de l'article 3 i com a constitutius de persecució, com passa en el cas *Jabari* però, en general, es tracta de dos àmbits

núm. 47701/99, §2.1.

¹³¹ TEDH (3^a secc.), decisió d'1 de juny de 2006, afer *Reza Mohammadi v. the Netherlands*, núm. 5140/06, §4 (*en Dret*). En aquest cas el TEDH va considerar que una moratòria temporal (1 any) d'expulsions de demandants d'asil cristians iranians feia desaparèixer el risc d'allunyament (almenys temporalment).

¹³² CsseDH, decisió de 20 de febrer de 1995, afer *Ünver and Issa v Sweden*, núm. 23662/94, §1 (*Reasons*). En aquest cas el govern de l'estat va assegurar que no planejava executar l'expulsió perquè no es donaven les condicions de documentació necessàries.

¹³³ La doctrina els ha classificat en quatre tipus: casos en què el perill emana d'autoritats del país cap on es realitzarà l'allunyament; casos en què emana "d'agents no estatals"; casos de manca de cures mèdiques adequades; i casos relatius a les modalitats d'execució de les ordres d'expulsió. Peer Lorenzen, "Exposé de M. Peer Lorenzen. La protection des réfugiés contre l'expulsion ou l'extradition", *Actes du 2e Colloque sur la Convention européenne des Droits de l'Homme et la protection des réfugiés, des demandeurs d'asile et des personnes déplacées Strasbourg, 19-20 mai 2000*, Estrasburg: Editions du Conseil de l'Europe, 2001, pàgs. 27-31.

¹³⁴ TEDH, sentència d'11 de juliol de 2000, afer *Jabari v. Turkey*, núm. 40035/98, §42.

¹³⁵ CsseDH, informe de 4 de juny de 1999, afer *Cyprus against Turkey*, núm. 25781/94, §492-499.

¹³⁶ TEDH, sentència de 2 de maig de 1997, afer *D. v. the United Kingdom*, núm. 30240/96, §53.

¹³⁷ TEDH, decisió de 19 de gener de 1999, afer *Mohammed Lemine Ould Babar v. Sweden*, núm. 42367/98, §1.6-7 (*En Dret*).

autònoms i diferents que poden arribar a coincidir.

En el cas de l'article 3 del Conveni europeu, no obstant, no es pot descartar que tractaments menys intensos o diferents dels que fonamentarien un temor de persecució constitueixin¹³⁸ a la llum del Conveni europeu, inhumans o degradants. D'altra banda, no cal que estiguin motivats en cap raó particular (raça, religió, nacionalitat, pertinença a un grup social o opinions polítiques) ni cal, en principi, que el risc sigui individual o personalitzat, i tampoc importa quina sigui la font del risc. Els demandants d'asil tenen garantit, per tant, d'acord amb el sistema de garantia del Conveni europeu que no seran retornats a un estat *insecur*¹³⁹.

Respecte de quin llinar de gravetat cal que es travessi o hi hagi risc de patir, el TEDH ha expressat en repetides ocasions que la valoració és *relativa* per essència, és a dir que depèn de les circumstàncies del cas:

*els maltractaments han d'assolir un nivell mínim de gravetat per tal d'entrar dins de l'àmbit d'aplicació de l'article 3. La valoració d'aquest mínim és, per naturalesa, relativa, depèn de totes les circumstàncies del cas, com la durada del tractament, els seus efectes físics o mentals, i en alguns casos, el sexe, l'edat i l'estat de salut de la víctima, etc.*¹⁴⁰

La diferència entre els tres tipus de tractaments previstos a l'article 3 depèn de la diferència en la intensitat dels tractaments. Aquesta diferència, però, depèn tant de fets objectius com dels efectes subjectius que es causin, com també de les condicions de la societat en cada moment, que poden fer variar el llinar de tolerància. En el cas *Irlanda contra el Regne Unit*, de 1978, el TEDH va establir una distinció entre els tres conceptes, arran de la valoració de cinc tècniques de maltractament:

Emprades acumulativament, amb premeditació i durant llargues hores, les cinc tècniques han causat als que les patiren, sinó veritables lesions, almenys patiments físics i morals importants: han comportat a més a més en ells problemes psíquics aguts (...). Per tant, eren un tractament inhumà en el sentit de l'article 3. Tenien d'altra banda un caràcter degradant ja que eren de tal naturalesa que creaven en ells sentiments de por, angoixa i d'inferioritat aptes per humiliar-los, envilir-los i eventualment esberlar la seva resistència física o moral.

(...) Per determinar si es poden qualificar també les cinc tècniques de tortura, (el TEDH) ha de tenir en compte la distinció que comporta l'article 3 entre aquesta noció i la de tractaments inhumans o degradants.

Al seu parer, aquesta distinció procedeix principalment d'una diferència en la intensitat dels patiments infligits.

El tribunal estima en efecte que, si per un costat hi ha violències que, per bé que còndemnnables segons la moral i generalment també el dret intern dels estats parts, no entren dins de l'àmbit d'aplicació de l'article 3 del Conveni, al contrari, distingint "tortura" de "tractaments inhumans o degradants", el Conveni ha volgut amb el primer dels termes marcar amb una especial infàmia els tractaments

¹³⁸ Per exemple, els patiments associats a la deterioració de l'estat de salut derivada de l'absència d'un tractament mèdic adequat en el país de destí poden, en principi, entrar dins de l'àmbit d'aplicació de l'article 3; TEDH, sentència de 6 de febrer de 2001, afer *Bensaid v the United Kingdom*, núm. 44599/98, §37.

¹³⁹ Colin Harvey, "The Right to Seek Asylum in the European Union", *EHRL*, núm. 1, 2004, pàg. 25.

¹⁴⁰ TEDH, sentència de 18 de gener de 1978, afer *Ireland v. the United Kingdom*, núm. 5310/71, §162.

*inhumans deliberats que provoquen patiments greus i cruels*¹⁴¹.

En el cas *Selmouni contra França*, el Tribunal, tot abaixat el llindar d'allò que és considerat com al tractament més greu dels prohibits per l'article 3 va considerar que, com que el Conveni era un *instrument viu* que s'havia d'interpretar a la llum de les condicions actuals en cada cas, *certs actes en un altre moment qualificats de "tractaments inhumans i degradants", i no de "tortura" podien rebre una qualificació diferent en el futur*¹⁴². Un dels avantatges del Conveni europeu respecte del Conveni contra la tortura en la protecció del dret de no ser expulsats dels demandants d'asil és que, en el cas del primer, els seus òrgans de garantia han desenvolupat la no necessitat de provar que el tractament patit en l'estat de destí serà fet expressament amb la intenció d'humiliar o de rebaixar la persona¹⁴³.

622. Finalment, pel que fa a la naturalesa del risc de patir tortura o tractaments inhumans o degradants, és indiferent que aquest provingui d'autors estatals o amb vincles amb les autoritats públiques dels estats o que provingui d'altres fonts, com es va establir en la sentència del cas *Ahmed contra Àustria* en què es plantejava l'expulsió a Somàlia d'una persona a qui havia estat retirat l'estatut de refugiat després d'una condemna per robatori:

*Tractant-se de la situació actual a Somàlia, el Tribunal es fonamenta en les constatacions de la Comissió, a la que el sistema confia en primer lloc l'establiment i la verificació dels fets. En el seu informe de 5 de juliol de 1995, la Comissió va posar en relleu que la situació a Somàlia no havia a penes canviat des de 1992: el país encara era víctima de la guerra civil i dels combats lliurats entre diversos clans per al control del país; res no indica que els perills que el demandant corria el risc de patir l'any 1992 hagin cessat d'existir o que una autoritat pública hagi pogut protegir-lo*¹⁴⁴.

En el cas *HLR contra França* el TEDH també va establir que

Degut al caràcter absolut del dret garantit, el Tribunal no exclou que l'article 3

¹⁴¹ *Ibidem*, §167. En el cas *Tyrer*, el TEDH va fer ampliar la distinció del conceptes inclosos a l'article 3 a la qüestió dels càstigs inhumans o degradants, i va refermar el paper de l'apreciació subjectiva de la qualificació dels tractaments o càstigs, el fet que una persona sigui humiliada *als seus ulls* ha de ser pres en consideració (§32); TEDH, sentència de 25 d'abril de 1978, afer *Tyrer v. the United Kingdom*, núm. 5856/72, §29-35; TEDH, sentència de 12 de maig de 2005, afer *Öcalan v. Turkey*, núm. 46221/99, §182. També, distingint més recentment entre tractament inhumà i tractament degradant; TEDH, sentència de 4 de juliol de 2006, afer *Ramírez Sánchez c. France*, núm. 59450/00, §117-119. Per a una anàlisi comparativa i detallada d'aquests conceptes, R. St. J. Macdonald, "International Prohibitions Against Torture and Other Forms of Similar Treatment or Punishment", Yoram Dinstein, Mala Tabory, *International Law at a Time of Perplexity. Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, Dordrecht, Boston, Londres: Martinus Nijhoff Publishers, 1989, pàgs. 385-406.

¹⁴² TEDH, sentència de 28 de juliol de 1999, afer *Selmouni c. France*, núm. 25803/94, §101. També TEDH, sentència de 13 de novembre de 2003, afer *Elci and others v. Turkey*, núm. 23145/93 i 25091/94, §634.

¹⁴³ El TEDH va expressar clarament aquesta doctrina en un cas de detenció: TEDH, sentència de 19 d'abril de 2001, afer *Peers c. Grèce*, núm. 28524/95, §74.

¹⁴⁴ TEDH, sentència de 17 de desembre de 1996, afer *Ahmed v. Austria*, núm. 25964/94, §44 (i 46).

*sigui aplicable quan el perill emana de persones o de grups de persones que no són funcionaris. Cal demostrar però que el risc existeix realment i que les autoritats de l'estat no poden evitar-lo amb una protecció apropiada*¹⁴⁵.

L'única qüestió per a la que la font del risc no és indiferent és en el cas de valorar la possibilitat d'un *internal flight alternative* o asil interior en l'estat de destí de l'allunyament. El TEDH no ha refusat el principi teòric sobre que aquest argument pugui ser vàlid per anorrear la realitat del risc en l'estat de destí, però a la pràctica aquesta possibilitat es limitaria a casos en què no hi hagués una situació endèmica de violació de drets humans, i a que els maltractaments no tinguessin un origen oficial ja que en aquest cas és difícil considerar que una part del país (sobre el que per defecte d'estat exerceix autoritat) no està controlada per la que alhora és la font del risc¹⁴⁶.

623. EL RISC EN L'ESTAT DE DESTÍ: LA REALITAT I LA QUALITAT DEL RISC. Els òrgans de garantia del Conveni consideren que cal fer una apreciació del risc en l'estat de destí en el moment en què s'examina la demanda i no en un moment passat o futur. Es tracta de protegir el dret de les persones de no patir tortures o tractaments inhumans o degradants que podria ser violat a través d'una mesura d'allunyament, i no de sancionar situacions hipotètiques, tot i que les informacions del passat puguin ajudar a valorar la situació present¹⁴⁷.

La *realitat* del risc, exigida pel TEDH per considerar que l'article 3 seria violat en cas d'allunyament ha de ser *provada més enllà de qualsevol dubte raonable*¹⁴⁸ i depèn de la seva *previsibilitat* i, aquesta, sovint, es confon amb la individualització del risc en la jurisprudència del TEDH. En principi, semblaria lògic que el demandant hagi de poder provar que un *risc real* de ser sotmès a maltractaments l'afecta personalment però no que el risc sigui individualitzat, ja que l'aplicabilitat de l'article 3 és indiferent respecte de la font del risc. Si el risc pot estar constituït per una situació generalitzada de violència tribal, en un territori sense estat o amb un poder estatal sotmès o incapaç d'exercir autoritat, llavors la individualització del risc hauria de deixar de ser rellevant, tot i que el demandant hagi de provar que *personalment* corre el risc de ser afectat (com ho poden ser moltes més persones o totes les d'un país o territori).

El Tribunal però, si bé teòricament admet la neutralitat del Conveni en relació a l'autor dels maltractaments, a la pràctica, sembla requerir una individualització del risc

¹⁴⁵ TEDH, sentència de 29 d'abril de 1997, afer *H.L.R. c. France*, núm. 24573/94, §40. També TEDH, decisió de 19 de setembre de 2000, afer *Goldstein v. Sweden*, núm. 46636/99, §1.4 (*en Dret*).

¹⁴⁶ En aquest sentit, TEDH, sentència de 15 de novembre de 1996, afer *Chahal v. the United Kingdom*, núm. 22414/93, § 104; i TEDH, sentència de 6 de març de 2001, afer *Hilal v. the United Kingdom*, núm. 45276/99, §63 i 65.

¹⁴⁷ CsseDH, informe de 23 d'abril de 1998, afer *Korosh Hatami v. Sweden*, núm. 32448/96, §95 i 107.

¹⁴⁸ «*Un doute raisonnable*» n'est pas un doute fondé sur la possibilité purement théorique ou suscité pour éviter une conclusion désagréable; c'est un doute dont les raisons peuvent être tirées des faits présentés. La preuve de mauvais traitements peut résulter d'un faisceau d'indices, ou de présomptions non réfutées, suffisamment graves, précis et concordants. TEDH, sentència de 12 d'abril de 2005, afer *Chamaïev et 12 autres c. Géorgie et Russie*, núm. 36378/02, §338.

amb exigències de prova que han estat qualificades de *draconianes*¹⁴⁹, cosa que fa disminuir la seva virtualitat aplicativa en cas de conflictes generalitzats. Aquesta constatació, no obstant, no es deriva d'una posició teòrica de principi del TEDH, cosa que permet albirar una ampliació de l'abast de la protecció en el futur. En aquest sentit, res impedeix que, si es planteja el supòsit adequat, el Tribunal europeu faci una interpretació que no exigeixi tant clarament com ho fa ara la individualització del risc, com ja han fet alguns tribunals interns respecte de l'aplicació de la noció de refugiat¹⁵⁰.

624. LA INDIVIDUALITZACIÓ DEL RISC EN CONTEXTOS GENERALITZATS DE RISC. El TEDH ha considerat, en general, que per a què l'article 3 sigui aplicable en cas d'allunyament cal que hi hagi *motius seriosos i provats* per creure que l'interessat correrà un *risc real* de ser sotmès a tortura o tractaments inhumans o degradants. El risc ha de ser *real* i, per tant, els maltractaments de previsible consumació si es produeix el fet causant, és a dir, l'allunyament, i cal que s'aportin proves dels motius seriosos que avalin la previsibilitat del risc.

El Tribunal europeu examina normalment dues variables per tal de considerar que el risc és real: la situació general en l'estat de destí i la situació personal del demandant¹⁵¹. Pel que fa a la primera, per al Tribunal, un quadre de violència generalitzada, conflicte o guerra civil no basta per considerar que la presumpta víctima serà sotmesa un risc real de maltractaments si és allunyada. Cal que hi hagi (i s'aporti prova) de l'existència d'un *element distintiu* o que individualitzi la víctima, cosa que ha dut a considerar que *el caràcter absolut de l'article 3 és inversament proporcional al nombre de persones susceptibles de beneficiar-se'n*¹⁵². El plantejament del TEDH és més restrictiu que el del Comitè contra la tortura, ja que mentre aquest darrer només sembla exigir la *personalització* del risc, és a dir que la persona estigui personalment en risc en el context de violència generalitzada, el TEDH exigeix una *individualització* del risc amb una major càrrega de la prova.

Pel que fa a la segona variable, en els casos en què el risc és difús, el TEDH exigeix que la situació personal del demandant suposi una concreció del risc de patir maltractaments. La situació personal que caracteritza el risc pot consistir bé en la qualitat de la persona com a activista polític en el seu país, en el fet que pertany a una família o a un grup compromès amb determinades causes; o bé en la qualitat d'ésser vulnerable que comporta que els efectes del risc siguin individualitzables.

En determinats casos el Tribunal europeu de drets humans ha emprat un tipus

¹⁴⁹ Syméon Karagiannis, "Expulsion des étrangers et mauvais traitements imputables à l'état de destination ou à des particuliers?", *RTDH*, vol. 10, 1999, pàg. 87.

¹⁵⁰ *Vid. Supra* Capítol III, §92-95.

¹⁵¹ Vincent Chetail, "Le droit des réfugiés à l'épreuve des droits de l'homme: bilan de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'interdiction du renvoi des étrangers menacés de torture et de traitements inhumains ou dégradants", *loc. cit.*, pàgs. 189-206.

¹⁵² *Ibidem*, pàg. 201.

d'interpretació comparativa, com en el cas *Vilvarajah*, on cinc persones a qui s'havia refusat l'asil al Regne Unit havien de ser retornades a Sri Lanka. La demanda va ser examinada pel Tribunal un cop l'allunyament ja s'havia produït. El TEDH va considerar que la situació en el país de destí havia millorat i que

Les proves proporcionades al Tribunal pel que fa als antecedents dels demandants i al context general a Sri Lanka no estableixen que la situació personal dels interessats seria pitjor que la de la generalitat dels membres de la comunitat tamil o d'altres joves Tamil de sexe masculí que tornen al seu país. Tot i que la conjuntura continua essent inestable, es trobaven davant d'un cert risc de detenció o de patir maltractaments, com d'altra banda ja havia succeït en el passat en el cas d'alguns d'ells. De tota manera, una mera possibilitat de maltractaments no comporta per ella mateixa una infracció de l'article 3¹⁵³.

En el cas, tres dels demandants van aportar proves de que havien estat maltractats a Sri Lanka després del seu retorn, però el TEDH va considerar que el Regne Unit no era responsable de violació del Conveni pel fet de l'expulsió:

Els demandants afirmen que el segon, el tercer i el quart d'ells patiren efectivament després del seu retorn maltractaments. Per bé que així sigui, el seu cas no presentava cap element distintiu que hauria pogut o hagut de permetre al ministre preveure que això passaria¹⁵⁴.

En el cas *HLR contra França* el TEDH va concloure que, per ell mateix, un context caracteritzat per una *situació general de violència* en el país de destí no comportava en cas d'expulsió una violació de l'article 3. En la sentència s'analitzava el risc de patir tractaments inhumans o degradants per part d'un traficant de droga colombià detingut en una zona de trànsit de l'aeroport de Roissy si s'executava una mesura d'allunyament cap el seu país d'origen. El demandant ja havia complert pena de presó pels fets que se li imputaven i al·legava que en els interrogatoris davant de la policia francesa havia delatat els seus caps, cosa que el posava en una situació d'especial vulnerabilitat. El TEDH, tot i que s'havien presentat informes d'Amnistia Internacional i observacions escrites per part de l'organització *Rights International* sobre la situació de Colòmbia, en el moment d'avaluar el risc de patir tractaments contraris a l'article 3 va considerar que cap element provava que el risc invocat era *real* en la persona de la suposada víctima i que, si bé era cert que a vegades els informadors eren objecte de revenges *cap document* recolzava l'al·legació segons la qual la *situació personal de l'interessat seria pitjor que la dels altres colombians* en cas de retorn¹⁵⁵. Finalment, per quinze vots contra sis es va refusar que hi hauria violació de l'article 3 si l'ordre d'expulsió era executada¹⁵⁶.

¹⁵³ TEDH, sentència de 30 d'octubre de 1991, afer *Vilvarajah and others v. the United Kingdom*, núms. 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87 i 13448/87, §111.

¹⁵⁴ *Ibidem*, §112.

¹⁵⁵ TEDH, sentència de 29 d'abril de 1997, afer *HLR c. France*, núm. 24573/94, §42.

¹⁵⁶ En aquest cas, l'opinió dissident del jutge R. Pekkanen, a la que s'adheriren els jutges Thór Viljámsson, M.A. Lopes Rocha i U. Lohmus, i que també manifestaren compartir els jutges J. De Meyer i

El Tribunal europeu de drets humans és molt restrictiu en la interpretació que fa al risc real de patir maltractaments per part d'una persona en l'estat de destí de l'allunyament. En un altre cas relatiu a un allunyament a Sri Lanka el TEDH va considerar que el demandant no corria aquest risc, tot i acceptar que podia ser arrestat a l'arribada al país i que la situació a Sri Lanka no podia *encara ser descrita com a estable*¹⁵⁷.

625. Un pas envers la flexibilització del requisit de la individualització del risc, al menys a la pràctica, es podria haver donat recentment, en la sentència *N contra Finlàndia* de 2005. En ella, el TEDH, sense desmarcar-se'n expressament, suavitza els arguments emprats a *Vilvarajah* i a *HLR* sobre la necessitat que en una situació generalitzada de risc el demandant provi estar davant d'un risc real individualitzat. En el seu raonament extens, el TEDH cerca establir les diferències entre aquest cas i els altres dos per acabar conclouent que a la RD del Congo el demandant patiria un risc real de ser perseguit, malgrat el temps que fa que és fora del país (més de sis anys). És especialment sorprenent la valoració que es fa del fet que el demandant era un informador infiltrat d'una força especial del president Mobutu, quan en el cas *HLR* el fet d'haver estat informador en el context del tràfic de droga a Colòmbia no havia estat determinant:

*El Tribunal considera que cal tenir en compte decisivament les activitats específiques del demandant com a infiltrat i informador en una força especial de protecció del president Mobutu, que informava directament als oficials de més alta graduació propers a l'antic president. Degut a aquestes activitats el Tribunal considera que encara corre un risc important de patir tractaments contraris a l'article 3, si ara és expulsat a la RDC. Al respecte d'això, el cas del demandant és diferent del de Vilvarajah i altres contra el Regne Unit, on el tribunal va considerar que les proves que se li havien presentat respecte del passat dels demandants, així com la situació general no establien que la seva situació personal era pitjor que la de la generalitat de membres de la comunitat tamil o que la d'altres joves tamils que eren retornats al seu país (...)*¹⁵⁸.

El Tribunal també es va referir a que el risc a la RD del Congo no necessàriament provenia de les autoritats actuals sinó de familiars dels dissidents que podien cercar revenja per l'activitat passada del demandant al servei de Mobutu. Això no era obstacle per considerar que hi havia un risc respecte de l'article 3 com ja s'havia establert a *HLR contra França* però, al contrari d'aquell cas, ara el risc era *real* perquè, entre d'altres coses, *N.* s'havia significat públicament:

P. Jambrek en les seves opinions dissidents separades, posa de manifest com *exigir proves concretes més vastes d'un demandant en relació al qual ha estat provat que és un "informador", condueix a imposar-li una càrrega irrealista*. També es va considerar que la solució donada a aquest cas creava un greuge comparatiu amb un altre cas similar (*Chahal contra el Regne Unit*) en què el TEDH va considerar que hi havia un risc de tractaments contraris a l'article 3 si es duia a terme l'allunyament. *Ibidem*.

¹⁵⁷ TEDH, sentència de 17 de febrer de 2004, afer *Thampibillai v. The Netherlands*, núm. 61350/00, §64-65.

¹⁵⁸ TEDH, sentència de 26 de juliol de 2005, afer *N. v. Finland*, núm. 38885/02, §162.

El cas del demandant actual és diferent de HLR contra França en què tot el conjunt de proves que són davant del Tribunal recolzen el seu relat sobre que va treballar a la DSP (Division Spéciale Présidentielle), que havia format part del cercle més estret del president Mobutu i que havia pres part en diversos esdeveniments durant els quals els dissidents considerats una amenaça per al president van ser identificats per a ser maltractats, detinguts i possiblement executats. En aquestes circumstàncies hi ha raons per creure que la situació del demandat serà pitjor que la de la majoria d'altres antics partidaris de Mobutu, i que les autoritats no necessàriament podran o voldran protegir-lo contra els perills a què s'ha fet referència¹⁵⁹.

Finalment, també en el cas *Chamaïev*, el TEDH va tenir en compte de forma determinant l'evolució de la situació general en el lloc de destí, més que no pas la individualització del risc en la persona de la presumpte víctima en un cas d'extradició en què la mesura havia estat adoptada vàlidament dos anys abans. El TEDH, basant-se, en l'empitjorament del fenomen general de violència contra persones d'origen txetxè va considerar que l'execució de l'extradició comportaria la violació de l'article 3, quan l'extradició consumada de 5 altres demandants no es va considerar violació d'aquest article perquè les autoritats no podien raonablement saber que els maltractaments ocorrien¹⁶⁰. La solució donada a aquest cas expressaria també que l'obligació dels estats de no allunyar persones que podrien patir tortura o tractaments inhumans o degradants en el país de destí és una obligació *de comportament* i no *de resultat*¹⁶¹.

626. LA INDIVIDUALITZACIÓ DEL RISC PER LA VULNERABILITAT PERSONAL INTRÍNSECA. La valoració del risc de patir maltractaments en l'estat de destí de l'allunyament depèn també de la situació específica l'interessat o de si està caracteritzada per circumstàncies que l'individualitzen el relació a d'altres persones o el fan especialment vulnerable.

El perfil de persona vulnerable pot ser divers: en el cas *D. contra el Regne Unit*, per exemple, la persona estava qualificada per un estat de salut extremadament feble; mentre que en el cas *Jabari*, es tractava d'una persona que podia ser sotmesa a lapidació per adulteri¹⁶². En cap dels dos casos, la font del risc suposava una individualització de la víctima, sinó que es derivava de la seva especial vulnerabilitat.

En el cas *D. contra el Regne Unit* resolts per part del TEDH per sentència de 2 de

¹⁵⁹ *Ibidem*, §164. El Tribunal també va considerar important que el procediment d'asil a Finlàndia havia tingut un cert ressò mediàtic, cosa que podia haver encès els desitjos de revenja (§165)

¹⁶⁰ TEDH, sentència de 12 d'abril de 2005, afer *Chamaïev et 12 autres c. Géorgie et Russie*, núm. 36378/02, §364-368. En aquest cas, la no violació de l'article 3 en el cas de 5 extradicions consumades va quedar compensada per la constatació de violació de l'article 34 del Conveni pel no compliment de les mesures provisionals del TEDH.

¹⁶¹ Considerar-ho d'una altra manera, com expressava Henry Labayle duria a una contradicció impossible de resoldre; Henri Labayle, "L'éloignement des étrangers devant la Cour européenne des droits de l'homme", *RFDA*, vol. 13, núm. 5, 1997, pàgs. 995-996.

¹⁶² Un cas similar va ser considerat només uns mesos després per part del Comitè contra la tortura, on es va considerar també que l'estat estava obligat a abstenir-se de retornar forçosament l'autora de la comunicació a l'Iran o a qualsevol altre país on correués el risc de ser expulsada o retornada a l'Iran; Ct&CT, dictamen de 24 de novembre de 2000, afer *A.S. v. Sweden*, Comunicació N° 149/1999, CAT/C/25/D/149/1999, §9.

maig de 1997 no es va acceptar l'argumentació de l'estat demandat en el sentit que *D.*, malalt terminal de SIDA, es trobaria en una situació idèntica a la de les altres persones que estiguessin en les seves mateixes circumstàncies a Saint-Kitts, el país de la seva nacionalitat. El TEDH va considerar que *D.* estava en una situació específica, que les seves circumstàncies eren molt excepcionals per la dependència que tenia de les cures mèdiques que se li proporcionaven en el Regne Unit i, finalment que, per tot plegat, l'aplicació d'una mesura d'expulsió el posaria en una situació de risc real de morir en circumstàncies particularment doloroses, cosa que constituiria un tractament inhumà en el sentit de l'article 3 del Conveni europeu¹⁶³.

El TEDH va admetre que la situació de la persona en el país de destí no constituïa per ella mateixa tractament inhumà però, en el cas, per al Tribunal es tractava no tant de valorar això, sinó de considerar si l'expulsió d'una persona que es troba en circumstàncies extremes de desemparament suposava un tractament inhumà, independentment del fet que els factors que prenen part en el cas no podien comprometre ni que fos indirectament la responsabilitat de les autoritats del país de destí¹⁶⁴.

Els límits d'aquesta línia jurisprudencial es van posar no obstant en la sentència del cas *Bensaid contra en Regne Unit* de 2001, on el demandant, malalt d'esquizofrènia, pretenia tornar a entrar al país de residència després de passar un temps en el país d'origen (Algèria), quan ja se li havia caducat el permís d'estada tolerada al Regne Unit (*exceptional leave to remain*). El TEDH va considerar que, malgrat la gravetat de l'estat de salut del demandant, el llinar de gravetat de l'article 3 (com tampoc el de l'article 8 sobre la vida privada) no havia estat atansat perquè el fet que les circumstàncies a Algèria li fossin menys favorables no era un element decisiu, i era *especulatiu* considerar que en el país de destí no podria rebre les cures adequades¹⁶⁵. El TEDH ha limitat la seva jurisprudència en el cas *D.* al fet que en ell hi havia *circumstàncies excepcionals* que feien que el llinar elevat de gravetat fos atansat¹⁶⁶.

En el cas *Jabari*, la realitat del risc estava avalada per la concessió per part de l'ACNUR de l'estatut de refugiada a la demandant, en virtut de considerar com a grup social el conjunt de dones que han transgredit els costums socials del país el què es

¹⁶³ TEDH, sentència de 2 de maig de 1997, afer *D. v. the United Kingdom*, núm. 30240/96, § 53.

¹⁶⁴ *Ibidem*, § 49. La solució *D.* per als malalts de SIDA va tenir continuïtat en un cas en què, tot i la preclusió de l'afer per la desaparició del risc d'una execució de l'ordre d'allunyament, el TEDH va recordar el seu raonament anterior; TEDH, sentència de 7 de setembre de 1998, afer *B.B. c. France*, núm. 30930/96, §39.

¹⁶⁵ TEDH, sentència de 6 de febrer de 2001, afer *Bensaid v the United Kingdom*, núm. 44599/98, §38-39. Les cures estaven disponibles en el país i no era infranquejable, d'acord amb el TEDH, la distància entre l'hospital per obtenir-les i el domicili dels seus familiars.

¹⁶⁶ Aquesta doctrina també ha estat reiterada a TEDH, sentència de 17 de gener de 2006, afer *Aoulmi c. France*, núm. 50278/99, §59.

corre el risc de patir tractaments contraris a l'article 3¹⁶⁷. En general, però, el Tribunal europeu de drets humans valora la credibilitat del relat i de les proves que aporta el demandant en relació a la seva situació personal, que qualifica el risc real de patir maltractaments en situacions de violència indiscriminada, o que atansa a persones no individualitzades (a l'Iran, país de destí de Hoda Jabari, en principi, totes les dones presumptament culpables d'adulteri podrien ser sotmeses a lapidació).

Aquesta jurisprudència reforça d'altra banda l'argument que la responsabilitat de l'estat d'asil no es deriva mai de la suposada complicitat amb la violació del dret de no patir tortures ni tractaments inhumans o degradants per part de l'estat de destí. Certament, en la majoria d'ocasions el risc de que la persona sigui sotmesa a un tractament contrari a l'article 3 es deriva d'actes intencionals d'autoritats públiques del país de destí o d'organismes independents de l'aparell de l'estat contra els quals les autoritats no són capaces o no es troben en disposició d'oferir la protecció adequada, però el Tribunal europeu s'ha reservat la *flexibilitat* suficient per tal de tractar l'aplicació d'aquest article a d'altres situacions. Així, la protecció de retruc de l'article 3 també és aplicable quan el risc prové de *factors que no poden comprometre, directament o no, la responsabilitat de les autoritats públiques d'aquest país o que, considerats aïlladament, no infringeixen per ells mateixos les normes d'aquest article*¹⁶⁸.

627. En l'apreciació de la situació en l'estat de destí, el TEDH acostuma a fer confiança en les autoritats de l'estat que defensa la legitimitat de l'aplicació de la mesura d'allunyament¹⁶⁹ si no hi ha hagut arbitrarietat¹⁷⁰, com també acostumava a acceptar les apreciacions sobre els fets per part de la Comissió. Tot i això, hi ha hagut casos important en què no ha estat així, com en els casos *Chahal* i *Hilal contra el Regne Unit* de 2001.

En el cas *Chahal* el TEDH va considerar que, si bé d'acord amb el sistema de protecció pertanyia a la Comissió l'establiment dels fets, això no suposava que ell no pogués emprar els seus propis poders *en circumstàncies excepcionals*. El Tribunal va expressar que no estava vinculat per les constatacions de l'informe de la Comissió i que era lliure d'apreciar els fets ell mateix, ja que en afers que comportaven judicar l'eventual violació de l'article 3 calia aplicar *criteris rigorosos* per tal d'apreciar l'existència d'un risc

¹⁶⁷ TEDH, sentència d'11 de juliol de 2000, afer *Jabari v. Turkey*, núm. 40035/98, § 41.

¹⁶⁸ I s'afegeix, que *restringir d'aquesta manera l'àmbit d'aplicació de l'article 3 tornaria a atenuar-ne el caràcter absolut*. TEDH, sentència de 2 de maig de 1997, afer *D. v. the United Kingdom*, núm. 30240/96, §49.

¹⁶⁹ Per exemple, TEDH, sentència de 30 d'octubre de 1991, afer *Vilvarajah and others v. the United Kingdom*, núms. 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87 i 13448/87, §114; TEDH, decisió de 28 de setembre de 2000, afer *Akyüz and others v. Germany*, núm. 58388/00, §3.2 (*en Dret*). Com d'altra banda, també feia la Comissió; CsseDH, decisió de 18 de setembre de 1998, afer *Atak v. Germany*, núm. 40866/98, §1.5 (*en Dret*).

¹⁷⁰ TEDH, decisió de 26 d'octubre de 2000, afer *Damla and others v. Germany*, núm. 61479/00, §1.5 (*en Dret*).

real de patir maltractaments¹⁷¹.

En el cas *Hilal* la víctima era un demandant d'asil nacional de Tanzània on suposadament havia estat torturat amb motiu de la seva activitat política. L'asil al Regne Unit li havia estat refusat i al·legava que el seu retorn al país d'origen el sotmetria a tractaments contraris a l'article 3. En la seva defensa aportava indicis de què el seu germà havia estat maltractat i mort com a conseqüència dels maltractaments i que les autoritats de policia l'havien anat a buscar a casa seva tot proferint amenaces. La seva dona va arribar posteriorment al Regne Unit i també va demanar asil. El TEDH va considerar que calia apreciar la qüestió del risc a la llum de tots els materials que se li havien subministrat o, si era necessari, de material obtingut *proprio motu* i, després del seu examen va considerar que no hi havia cap base per refusar els elements de prova aportats pel demandant com a *falsificats o fabricats* i que el seu relat no podia ser considerat *incoherent*¹⁷².

c.3 Contingut i abast del dret de no ser expulsat del territori d'un estat part en virtut de l'article 3 del Conveni europeu.

628. El dret de no ser sotmès a tortura ni penes o tractaments inhumans o degradants de l'article 3 del Conveni europeu de drets humans és una protecció de caràcter *absolut* segons la jurisprudència dels òrgans de garantia del Conveni europeu de drets humans, independent de la conducta de la víctima¹⁷³, i que no admet restriccions en tant que *valor fonamental de les societats democràtiques*¹⁷⁴. L'article 3, d'altra banda, com s'ha vist, és una de les disposicions inderogables del Conveni segons l'article 15¹⁷⁵. Per al TEDH és

¹⁷¹ TEDH, sentència de 15 de novembre de 1996, afer *Chahal v. the United Kingdom*, núm. 22414/93, § 95-107.

¹⁷² TEDH, sentència de 6 de març de 2001, afer *Hilal v. the United Kingdom*, núm. 45276/99, §63 i 65.

¹⁷³ TEDH, sentència de 18 de gener de 1978, afer *Ireland v. the United Kingdom*, núm. 5310/71, §163.

¹⁷⁴ La consideració d'alguns drets del CEDH com a drets absoluts ha estat discutida per la doctrina partint de determinades concepcions teòriques, i de la seva discutible adequació l'estructura global del Conveni i el seu sistema de garantia. Discuteixen la categoria de dret absolut en el sistema europeu, Michael K. Addo, Nicholas Grief, "Does article 3 of the European Convention on Human Rights Enshrine Absolute Rights?", *EJIL*, vol. 9, núm. 3, 1998, pàgs. 510-524; *id.*, "Some Practical Issues Affecting the Notion of Absolute Right in Article 3 ECHR", *ELR*, vol. 23, núm. 1, 1998, pàgs. 17-30. D'altres consideren l'article 3 com una norma *absolutament relativa*, com Johan Callewaert, "L'article 3 de la Convention européenne: une norme relativement absolue ou absolument relative?", *Liber Amicorum Marc-André Eissen*, Bruxelles: Bruylant, 1995, pàgs. 13-38. Finalment, planteja les dificultats de considerar categories rígides en els drets del Conveni, tenint en compte la seva interpretació evolutiva, Frédéric Sudre, "Droits intangibles et/ou droit fondamentaux: y a-t-il des droits prééminents dans la Convention européenne des droits de l'homme?", *Liber Amicorum Marc-André Eissen*, *op. cit.*, pàgs. 381-398.

¹⁷⁵ Article 15 CEDH: 1. *En caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la medida estricta en que lo exija la situación, y supuesto que tales medidas no estén en contradicción con las otras obligaciones que dimanen del derecho internacional.* 2. *La disposición precedente no autoriza ninguna derogación al artículo 2, salvo para el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra, y a los artículos 3, 4 (§ 1) y 7.* El CEDH preveu una llista més

important que

*L'article 3 no preveu restriccions, cosa en què contrasta amb la majoria de les clàusules normatives del Conveni i dels Protocols nùms. 1 i 4, i no pateix cap derogació d'acord amb l'article 15 fins i tot en cas de perill públic amenaçant la vida de la nació*¹⁷⁶.

Els estats parts en el Conveni han d'assegurar aquesta protecció sense que puguin prendre en consideració els actes que l'individu hagi pogut cometre, siguin aquests *odiosos*¹⁷⁷, *indesitjables*, *perillosos*¹⁷⁸ o inclòs *punibles*¹⁷⁹. Els demandants d'asil tenen, per tant, una protecció major contra les mesures d'allunyament del territori de l'estat d'acollida que no pas les que es deriven de la regla de *non-refoulement* consagrada en l'article 33 de la Convenció de Ginebra per a aquells d'ells que compleixen els requisits per ser considerats refugiats¹⁸⁰. La protecció contra l'allunyament dels demandants d'asil és més ampla per mor de l'article 3 per dos motius: perquè l'àmbit d'aplicació personal d'aquest és més gran que el de la Convenció de Ginebra; i perquè la seva aplicació no depèn d'una anàlisi ponderada del risc de la persona en l'estat de destí i del benestar de la comunitat d'acollida, com en el cas de l'article 33 d'aquesta Convenció. En el cas *Ahmed*, per exemple, aquesta qüestió es palesa quan el TEDH expressa que tant ell com la Comissió donen molta importància a què la persona va obtenir l'estatut de refugiat, ja que les autoritats internes van considerar creïbles les seves al·legacions sobre el risc de ser perseguit a Somàlia:

Si, dos anys més tard, el demandant va perdre la seva qualitat de refugiat, va ser únicament per causa de la seva condemna penal i sense que fossin tingudes en

restringida de drets inderogables que el PDCiP, i que altres instruments regionals de protecció de drets humans, cosa que fa pensar que es tracta del mínim irreductible reconegut pel que a drets humans. Fa un examen comparatiu de diferents instruments, Mohamed El Kouhene, *Les garanties fondamentales de la personne en droit humanitaire et droits de l'homme*, Dordrecht/Boston/Lancaster: Martinus Nijhoff Publishers, 1986, pàgs. 100-103.

¹⁷⁶ TEDH, sentència de 15 de novembre de 1996, afer *Chahal v. the United Kingdom*, núm. 22414/93, § 79.

¹⁷⁷ TEDH, sentència de 7 de juliol de 1989, afer *Söering v. the United Kingdom*, núm. 14038/88, § 88.

¹⁷⁸ TEDH, sentència de 15 de novembre de 1996, afer *Chahal v. the United Kingdom*, núm. 22414/93, §80; TEDH, sentència de 17 de desembre de 1996, afer *Ahmed v. Austria*, núm.25964/94, §40-41; TEDH, sentència de 29 d'abril de 1997, afer *H.L.R. c. France*, núm. 24573/94, § 35.

¹⁷⁹ TEDH, sentència de 2 de maig de 1997, afer *D. v. the United Kingdom*, núm. 30240/96, § 47. Com el mateix TEDH reconeix expressament, l'aplicabilitat de la protecció de l'article 3 no depèn de la qualificació de la persona com a refugiada, segons una definició establerta, ni s'exclou pel fet que la persona hagi comès crims greus de dret comú o de dret internacional o constitueixi un perill per a l'ordre públic o la seguretat del país, com sí passa en la Convenció de Ginebra sobre l'estatut del refugiats de 1951 (articles 1§F, 32§1 i 33§2), i per això esdevé de major abast. TEDH, sentència de 15 de novembre de 1996, afer *Chahal v. the United Kingdom*, núm. 22414/93, § 80; TEDH, sentència de 17 de desembre de 1996, afer *Ahmed v. Austria*, núm.25964/94, § 41.

¹⁸⁰ Així es reconeix expressament a TEDH, sentència de 15 de novembre de 1996, afer *Chahal v. the United Kingdom*, núm. 22414/93, §80; TEDH sentència de 17 de desembre de 1996, afer *Ahmed v. Austria*, núm. 25964/94, §41; o TEDH, sentència de 26 de juliol de 2005, afer *N. v. Finland*, núm. 38885/02, §159.

*compte les conséquences d'une expulsion per a l'interessat*¹⁸¹.

L'article 3 s'aplicarà doncs, sigui quina sigui la circumstància pròpia de la persona, i qualsevol que sigui també la causa del tractament contrari a l'article 3 que es produiria després d'efectuar-se l'allunyament en un país diferent de l'estat que exerceix la jurisdicció, o bé pel fet mateix de l'allunyament. El caràcter absolut de l'article 3 queda palès quan el Tribunal europeu refusa que sigui de cap manera possible confrontar el risc de maltractaments i els motius invocats per a procedir a un allunyament per tal de determinar si la responsabilitat de l'estat es compromet respecte de l'article 3¹⁸².

L'aplicabilitat d'aquest article s'estén a persones que *de facto* es situen sota la jurisdicció d'un potencial estat d'acollida estranger en el cas dels demandants d'asil. Això no vol dir que els demandants d'asil gaudeixin, com a conseqüència del dret de no ser expulsats, d'un asil amb un contingut específic en l'estat d'acollida. Des de la perspectiva del sistema europeu, aquestes persones únicament tenen una protecció provisional en tant que inexpulsables¹⁸³. En el context de la Unió Europea no obstant, els estats parts han harmonitzat la seva normativa interna per tal de preveure estatuts de protecció territorial per a persones com les que es beneficien del dret de no ser expulsades d'acord amb l'article 3 del Conveni europeu de drets humans¹⁸⁴.

D'acord amb la doctrina establerta pel TEDH, teòricament no és possible que els estats apliquin consideracions de seguretat interna o d'ordre públic als casos en què una persona pot patir tractaments contraris a l'article 3 (com sí poden fer en el marc de la Convenció de Ginebra i el *non-refoulement* previst en ella). Tampoc ho poden fer en el context de la Convenció contra la tortura. Malgrat això, els estats europeus han tendit en els darrers temps prendre mesures legislatives i executar allunyaments sense prendre les cauteles adequades per evitar sotmetre persones presumptament vinculades amb el terrorisme a tractaments prohibits que *dilueixen* la qualificació del dret de no patir tortura com a absolut¹⁸⁵.

629. LES GARANTIES DELS DEMANDANTS D'ASIL RESPECTE DEL DRET DE NO PATIR UNA VIOLACIÓ VIRTUAL DE L'ARTICLE 3: LA NATURALESA JURÍDICA DE LES MESURES PROVISIONALS DELS ÒRGANS DE GARANTIA DEL CONVENI. La qüestió de la naturalesa jurídica de les mesures provisionals dels òrgans de garantia es va posar sobre la taula en l'afer *Cruz Varas contra Suècia* de

¹⁸¹ TEDH, sentència de 17 de desembre de 1996, afer *Ahmed v. Austria*, núm.25964/94, § 42.

¹⁸² Sentència del TEDH de 15 de novembre de 1996, afer *Chahal v. the United Kingdom*, núm. 22414/93, § 81.

¹⁸³ El TEDH ha refusat examinar a la llum de l'article 3 la situació precària dels demandants d'asil refusats en un país si no hi ha una decisió formal d'expulsió susceptible de ser impugnada. TEDH, sentència de 26 d'abril de 2005, afer *Muslim c. Turquie*, núm. 53566/99, §74.

¹⁸⁴ Sobre la protecció subsidiària a la Unió Europea; Daphné Bouteillet-Paquet (dir.), *Subsidiary Protection of Refugees in the European Union: Complementing the Geneva Convention? La protection subsidiaire des réfugiés dans l'union européenne: Un complément à la Convention de Genève?*, Brussel·les: Bruylant, 2002.

¹⁸⁵ Anthony Lester, Kate Beattie, "Risking Torture", *EHRLR*, núm. 6, 2005, pàgs. 568-571.

1991, en què l'estat no va fer cas de les recomanacions de la Comissió de no expulsar el demandant abans que pogués fer un examen en profunditat del cas. El Tribunal europeu de drets humans va adoptar llavors una interpretació restrictiva de l'article 25 del Conveni relatiu al compromís dels estats de no dificultar de cap manera l'exercici efectiu del dret de recurs individual que, combinat amb l'article 36 del reglament de procediment de la Comissió (que establia el poder d'aquesta de dictar mesures provisionals) es defensava que configurava un deure jurídic dels estats. El TEDH va considerar que

*Es forçaria el sentit de l'article 25 si es dedueix dels mots "es comprometen a no obstaculitzar de cap manera que sigui l'exercici eficaç d'aquest dret" una obligació de conformar-se a una indicació donada en virtut de l'article 36 del reglament interior*¹⁸⁶.

Després d'aquest raonament formal que deixava el compliment de les mesures provisionals a mercè únicament de la *bona fe* de les parts, el TEDH va fer una *concessió* de consol¹⁸⁷ tant discutible com la regla interpretativa establerta sobre el fons de la qüestió¹⁸⁸. El TEDH va establir que el refús per part de l'estat de seguir les indicacions de la Comissió havia de considerar-se com *agreujant tota violació de les exigències del Conveni ulteriorment constatades pels òrgans del Conveni*¹⁸⁹.

630. Posteriorment, el tema de les mesures provisionals va ser de nou tractat en el cas *Mamatkulov i altres contra Turquia* resolt pel Tribunal europeu l'any 2003 i confirmat l'any 2005. En aquesta ocasió, després d'un extens desenvolupament jurisprudencial, el Tribunal va donar un tomb important a la seva doctrina anterior, poc satisfactòria des de la perspectiva de l'efectivitat dels drets garantits en el Conveni que guiava la resolució dels afers d'allunyament des de la sentència *Soering*¹⁹⁰.

En el cas *Mamatkulov i altres contra Turquia* la qüestió d'abast de la influència de les mesures provisionals es plantejava ja respecte de l'article 34 del Conveni revisat pel Protocol núm. 11, d'acord amb el qual les altes parts contractants es comprometen a *no*

¹⁸⁶ TEDH, sentència de 20 de març de 1991, afer *Cruz Varas v. Sweden*, núm. 15576/89, § 99.

¹⁸⁷ Gérard Cohen-Jonathan, "De l'effet juridique des «mesures provisoires» dans certaines instances et de l'efficacité du droit de recours individuel: à propos de l'arrêt de la Cour de Strasbourg Cruz Varas du 20 mars 1991", *RUDH*, vol. 3, núm. 6, 1991, pàg. 208.

¹⁸⁸ En contra d'aquesta opinió, Heribert Golsong, "Interpreting the European Convention on Human Rights Beyond the Confines of the Vienna Convention on the Law of Treaties?", R. St. J. Macdonald, F. Matscher, Herbert Petzold, *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht, Boston, Londres: Martinus Nijhoff Publishers, 1993, pàgs. 151-155.

¹⁸⁹ TEDH, sentència de 20 de març de 1991, afer *Cruz Varas v. Sweden*, núm. 15576/89, § 103.

¹⁹⁰ En el cas *Soering*, d'altra banda, va ser el mateix TEDH qui va disposar mesures provisionals per a la no execució de l'extradició que va ser respectada per part del Regne Unit. Sobre aquesta sentència, tot considerant que hi ha un gir jurisprudencial en relació a la doctrina anterior, Hélène Tigroudja, "La force obligatoire des mesures provisoires indiquées par la Cour européenne des droits de l'homme. Observations sous l'arrêt du 6 février 2003, *Mamatkulov c. Turquie*", *RGDIP*, vol. 107, núm. 3, 2003, pàgs. 600-633.

impedir per cap mesura l'exercici efectiu del dret de presentar una demanda individual davant del Tribunal, interpretat en relació a l'article 39 de les regles de procediment que preveuen la possibilitat de dictar mesures provisionals.

El Tribunal europeu va partir de la consideració que

En casos com aquest en què es manifesta plausiblement que hi ha un risc de dany irreparable per al gaudi per part del demandant d'un dels drets essencials del Conveni, l'objecte de les mesures provisionals és mantenir el status quo mentre està pendent davant del Tribunal la determinació de la justificació de la mesura. Com a tal, estant adreçada a assegurar la continuació de l'existència de la qüestió que és objecte de la demanda, la mesura provisional incideix en la substància de la demanda en virtut del Conveni. En la mesura en què el demandant és afectat, el resultat que pretén assolir amb la demanda es la preservació del dret previst al Conveni abans que es produeixi un dany irreparable. Per conseqüència, la mesura provisional és requerida pel demandant, i concedida pel Tribunal, per tal de facilitar l'"exercici efectiu" del dret de demanda individual previst a l'article 34 del Conveni en el sentit de preservar la qüestió objecte de la demanda quan es considera que està en risc de patir un dany irreparable a través dels actes o omissions de l'estat¹⁹¹.

Per resoldre el cas va recolzar-se principalment en: que només es dicten mesures provisionals en cas de risc *imminent* de patir un dany *irreparable* en l'àmbit de drets particulars (articles 2, 3 i excepcionalment article 8); en què hi ha hagut una evolució en la consideració de la naturalesa jurídica de les mesures provisionals en els òrgans de garantia de drets humans (Comitè de drets humans, Comitè contra la tortura, Cort Interamericana de drets humans) i en la pròpia Cort Internacional de Justícia (a partir del cas *LaGrand* de 2001) que empenyen cap a la creació d'un principi de dret internacional favorable a la consideració de les mesures provisionals com a obligatòries derivat del principi de la *bona administració de justícia*; i en què el mateix sistema de protecció europeu ha canviat des de 1998, i que les persones han passat a tenir un *veritable dret de recurs* davant del Tribunal europeu.

El Tribunal europeu també va tenir en compte que el respecte de les mesures provisionals en determinats casos eren necessàries per al respecte de l'obligació dels estats de complir efectivament amb les seves sentències; i que no exigir el respecte de les mesures provisionals per ell dictades era incoherent amb la seva pròpia jurisprudència relativa al dret a un *recurs efectiu* de l'article 13, que suposava el dret a un recurs de dret intern amb efectes suspensius per tal de defensar els drets del Conveni¹⁹².

El Tribunal europeu de drets humans va acabar considerant que

en virtut de l'article 34 del Conveni els estats contractants es comprometen a abstenir-se de qualsevol acció o omissió que pugui obstaculitzar l'exercici efectiu d'una persona de fer una demanda individual. El no compliment per part d'un

¹⁹¹ TEDH, sentència de 4 de febrer de 2005, afer *Mamatkulov and Askarov v. Turkey*, núms. 46827/99 i 46951/99, §108.

¹⁹² El TEDH així ho va disposar en el cas *Jabari*; *Vid. Supra* Capítol XII, §526.

*estat contractant d'una mesura provisional ha de ser considerat com impedit al Tribunal examinar efectivament la queixa del demandant i obstaculitzant el recurs efectiu del seu dret i, per tant, com una violació de l'article 34*¹⁹³.

La qual cosa el va dur a considerar que, en el cas, el fet que Turquia hagués efectivament procedit a l'extradició dels demandants en contravenció amb el que disposaven les mesures provisionals dictades d'acord amb l'article 39 de les regles de procediment del Tribunal comportava una violació de l'article 34 del Conveni¹⁹⁴.

631. Aquesta doctrina del TEDH va més enllà jurídicament que la solució a aquesta qüestió donada pel Comitè de drets humans. En el cas del Comitè contra la tortura la solució esdevé més matisada des d'un cas resolt el 2005. El primer, en l'afer *Ashby* va ser extremadament contundent en la condemna d'un estat per l'execució d'una pena de mort abans que resolgués el cas una instància interna d'apel·lació i abans del pronunciament del propi Comitè. El representant del fiscal havia donat garanties que l'execució no tindria lloc abans d'una resolució definitiva, i que el Comitè va demanar cautelament la no execució de la mesura. El Comitè va considerar que l'aplicació de la condemna tot i l'assegurança donada era constitutiu de violació dels paràgrafs 1 i 2 de l'article 6 del Pacte (que prescriuen el dret a la vida i que una pena de mort no s'executarà abans de dictar-se una resolució definitiva); i, pel que feia referència al no compliment de les mesures provisionals, va recordar que

*comet una greu violació de les seves obligacions en virtut del Protocol facultatiu l'estat part que realitzi qualsevol acte que tingui l'efecte d'impedir o frustrar la consideració per part del Comitè d'una comunicació on s'al·legui una violació del Pacte o faci que l'examen del Comitè perdi sentit o que l'expressió de les seves observacions sigui nímia i inútil. El comportament de l'estat part va ser una xocant demostració de mancaments fins al grau més elemental de la bona fe que se li exigeix a un estat que és part del Pacte i el Protocol facultatiu*¹⁹⁵.

El Comitè s'expressa en termes genèrics sobre la violació del Pacte i el Protocol facultatiu a partir del principi de bona fe però, en canvi, no es pronuncia expressament sobre l'eventual violació d'un precepte del Protocol, ja que la possibilitat de dictar *mesures provisionals per evitar un dany irreparable a la víctima* només es preveu al Reglament del Comitè (article 86).

Arguments com el de la *bona fe* o l'*esperit* de la Convenció també han estat emprats per part del Comitè contra la tortura quan un estat no compleix amb les mesures provisionals que dicta d'acord amb el seu Reglament intern:

¹⁹³ TEDH, sentència de 4 de febrer de 2005, afer *Mamatkulov and Askarov v. Turkey*, núms. 46827/99 i 46951/99, §128.

¹⁹⁴ *Ibidem*, §129. Aquesta doctrina ha estat reiterada a TEDH, sentència de 12 d'abril de 2005, afer *Chamaïev et 12 autres c. Géorgie et Russie*, núm. 36378/02, §468-479; i TEDH, sentència de 17 de gener de 2006, afer *Aoulmi c. France*, núm. 50278/99, §101-112.

¹⁹⁵ CtèDH, dictamen de 21 de març de 2002, afer *Glen Ashby v. Trinidad y Tobago*, Comunicació N° 580/1994, UN Doc. CCPR/C/74/D/580/1994 (2002), §10.9

el Comitè està profundament preocupat pel fet que l'estat part no va accedir a la sol·licitud formulada pel Comitè, en virtut de l'article 108, paràgraf 9, del seu Reglament intern, de que s'abstingués d'expulsar o extraditar a l'autora mentre la seva comunicació estigués essent examinada pel Comitè, per la qual cosa no va respectar l'esperit de la Convenció. El Comitè considera que l'estat part, en ratificar la Convenció i acceptar voluntàriament la competència del Comitè d'acord amb l'article 22, es va comprometre a cooperar de bona fe amb el mateix en l'aplicació del procediment. En aquest sentit, el compliment de les mesures provisionals, sol·licitades pel Comitè en els casos que considera raonables, és indispensable per poder evitar a la persona objecte de les mateixes danys irreparables que, a més, podrien anul·lar el resultat final del procediment davant del Comitè¹⁹⁶.

Més recentment, però, el Comitè contra la tortura també ha considerat que els estats, en acceptar voluntàriament la seva competència en virtut de l'article 22 *es comprometen a cooperar amb ell de bona fe recolzant i donant plens efectes als procediments de queixes individuals*, i que d'això es deriva que

l'acció d'un estat part expulsant un demandant en contra de la petició del Comitè feta com a mesures provisionals anorrea l'exercici efectiu de queixa conferit per l'article 22, i ha convertit la decisió final del Comitè respecte del fons en fútil i mancada d'objecte. El Comitè, per tant, conclou que expulsant el demandant en les circumstàncies en què hi va fer l'estat part va violar les seves obligacions d'acord amb l'article 22 de la Convenció¹⁹⁷.

2. La protecció d'altres drets

632. Un cop s'ha descartat que el caràcter *absolut* del dret de no patir tortura ni tractaments inhumans o degradants de l'article 3 constitueixi el fonament de la justificació del dret dels demandants d'asil de no ser allunyats del territori d'un estat d'asil provisional, no hi ha motius per descartar que aquest *dret de no ser allunyat* es pugui derivar també de la protecció d'altres drets previstos en el Conveni, fins i tot, dels que preveuen limitacions expresses al seu gaudi, com el dret a una vida privada i familiar. També recolza la tesi que les persones demandants d'asil poden estar protegides contra mesures d'allunyament en cas de risc real que drets previstos en el Conveni puguin ser directament violats en els països de destí el fet que no és exclusiu de cap dels drets del Conveni que se'n puguin derivar obligacions positives per als estats.

a. El dret a la vida

¹⁹⁶ CtèCT, decisió de 10 de novembre de 1998, afer *Cecilia Rosana Núñez Chipana v. Venezuela*, Comunicació N° 110/1998, UN Doc. CAT/C/21/D/110/1998 (1998), §8.

¹⁹⁷ CtèCT, decisió de 17 de maig de 2005, afer *Mafhoud Brada v. France*, Comunicació N° 195/2002, CAT/C/34/D/195/2002, §13.4.

633. La previsió del dret a la vida en el Conveni europeu de drets humans no abasta els casos de compliment de sentències que apliquen legislacions internes que preveuen la pena de mort, d'acord amb l'article 2. En la mesura d'això, es considera que l'article 3 no protegeix tampoc contra l'aplicació de la pena de mort¹⁹⁸, encara que des d'un punt de vista moral es pugui considerar l'exponent màxim d'un tractament *inhumà* per la negació inherent de la qualitat d'ésser que comporta.

Tot i això, el Tribunal europeu de drets humans ha considerat la possibilitat que un estat part en el Protocol núm. 6 i/o núm. 13 pugui ser tingut per responsable d'una violació del dret a la vida si allunya una persona que es troba davant d'un risc real de ser sotmesa a una pena de mort si és condemnada en l'estat de destí¹⁹⁹. El greuge al respecte serà però considerat inadmissible si l'estat que es disposa a procedir a l'extradició demostra que ha obtingut assegurances suficients de l'estat de destí de que la persona no serà sotmesa a mort ni a una pena d'empresonament a perpetuïtat sense possibilitat d'alliberament²⁰⁰.

El Tribunal europeu de drets humans també ha establert una interpretació dels articles 2 i 3, segons la qual, aquests dos articles combinats podrien ser tinguts en compte per valorar la conformitat amb el Conveni d'una expulsió d'un estranger que ha patit o corre el risc de patir una *denegació flagrant d'un judici just* (fair trial) en l'estat de destí, *el resultat del qual ha estat o probablement serà la pena de mort*²⁰¹. Aquesta jurisprudència matisa de forma substancial la doctrina segons la qual l'article 3 no queda afectat per la probabilitat d'una condemna a mort en l'estat de destí de l'allunyament.

D'altra banda, la Comissió també ha considerat que l'article 2 pot entrar en línia de compte *en circumstàncies*

*en què l'estat que expulsa posa una persona conscientment a un risc tal de perdre la seva vida que el resultat és gairebé una certesa*²⁰².

Aquesta solució va ser entomada pel TEDH a l'afer *Dougoz* resolt l'any 2000²⁰³. El Tribunal també ha considerat la possibilitat de violació del dret a la vida pel risc que

¹⁹⁸ TEDH, sentència de 7 de juliol de 1989, afer *Soering v. the United Kingdom*, núm. 14038/88, §103.

¹⁹⁹ TEDH, decisió de 15 de març de 2001, afer *Ismail Ismaili c. l'Allemagne*, núm. 58128/00, §1.7; TEDH, sentència de 12 d'abril de 2005, afer *Chamaïev et 12 autres c. Géorgie et Russie*, núm. 36378/02, §332.

²⁰⁰ TEDH, decisió de 3 de juliol de 2001, afer *James Dewayne Nivette c. la France*, núm. 44190/98, §1 (*En Dret*).

²⁰¹ TEDH, sentència de 8 de novembre de 2005, afer *Bader and others v. Sweden*, núm. 13284/04, §42 *in fine*. En el cas, Bader va ser condemnat a mort en un judici *in absentia* a Síria, sense una defensa adequada, i el TEDH va considerar que el seu retorn a aquell país suposaria una violació dels articles 2 i 3 del Conveni.

²⁰² CssEDH, informe de 13 de setembre de 1996, afer *Shammsuddin Bahaddar v. the Netherlands*, núm. 25894/94, §78.

²⁰³ TEDH, decisió de 8 de febrer de 2000, afer *Mohamed Dougoz v. Greece*, núm. 40907/98, §1.6.

una persona sigui sotmesa a una execució extrajudicial en el país de destí si és allunyada²⁰⁴.

b. El dret a la vida privada i familiar

634. L'article 8 del Conveni europeu protegeix el dret de les persones a la seva vida privada i a la seva vida familiar i pot també impedir o sancionar l'allunyament de persones estrangeres del territori d'un estat part si la mesura comporta una ingerència excessiva dels poders públics en una o altre. El TEDH ha interpretat a vegades el concepte d'afectació a la *vida privada* com abastant ingerències que no atansaven el llindar de gravetat mínim instaurat per considerar la posada en qüestió dels drets de l'article 3, fins i tot en casos d'allunyament, com en el cas *Bensaid*²⁰⁵. En cap cas, però, aquesta jurisprudència ha servit per evitar o sancionar una expulsió d'un demandant d'asil com a contrària al dret a la vida privada previst a l'article 8. Això no obstant, en casos en què només s'invocava l'article 8 per interferències desproporcionades en la vida privada pel fet d'un allunyament forçós, el TEDH excepcionalment ha considerat que la mesura constituïa una violació de l'esmentat article²⁰⁶.

El Pacte Internacional de drets civils i polítics també protegeix el dret de les persones de no ser *objecte d'ingerències arbitràries o il·legals en la seva vida privada i la seva família*²⁰⁷ en supòsits d'allunyament. D'acord amb el Comitè de drets humans, per saber si la pertorbació que per definició l'allunyament provocarà en la vida privada i

²⁰⁴ TEDH, sentència de 12 d'abril de 2005, afer *Chamaïev et 12 autres c. Géorgie et Russie*, núm. 36378/02, §369-372.

²⁰⁵ *Not every act or measure which adversely affects moral or physical integrity will interfere with the rights to respect to private life guaranteed by Article 8. However, the Court's case-law does not exclude that treatment which does not reach the severity of Article 3 treatment may nonetheless breach Article 8 in its private life aspect where there are sufficient adverse effects on physical and moral integrity. Private life is a broad term not susceptible to exhaustive definition. The Court has already held that elements such as gender identification, name and sexual orientation and sexual life are important elements of the personal sphere protected by Article 8. Mental health must also be regarded as a crucial part of private life associated with the aspect of moral integrity. Article 8 protects a right to identity and personal development, and the right to establish and develop relationships with other human beings and the outside world. The preservation of mental stability is in that context an indispensable precondition to effective enjoyment of the right to respect for private life.* TEDH, sentència de 6 de febrer de 2001, afer *Bensaid v. the United Kingdom*, núm. 44599/98, §46-47.

²⁰⁶ Així, per exemple, en un cas de persones que havien passat gairebé totes des seves vides en un país del què no tenien la nacionalitat, Letònia, com a familiars d'un militar de l'ex-URSS, que eren forçades a marxar després que el país recuperés la independència d'acord amb l'aplicació d'una normativa sobre la retirada de les tropes russes. El TEDH va considerar que, si bé, en general, les mesures relatives a la retirada de tropes i de les seves famílies en aquests casos no eren desproporcionades, calia examinar sempre les circumstàncies específiques, i que en el cas objecte d'examen, no s'havia establert que les persones afectades constituïssin un perill específic per a la seguretat nacional o l'ordre públic, que de forma abstracta justificava la normativa que els obligava a marxar. TEDH, sentència de 9 d'octubre de 2003, afer *Slivenko v. Latvia*, núm. 48321/99, §95 i 113-129. També TEDH, sentència de 15 de juny de 2006, afer *Shevanova c. Lettonie*, núm. 58822/00, §65 i 71-78.

²⁰⁷ Article 17 del Pacte de drets civils i polítics.

familiar de la víctima és il·legal o arbitrària cal valorar:

- a. si està prevista per llei;
- b. si hi ha un interès legítim de l'estat en l'allunyament; i
- c. si s'han tingut suficientment en compte els lligams familiars.

L'allunyament no serà arbitrari, partint d'aquestes variables, si els seus efectes no són desproporcionats als objectius perseguits per la mesura d'allunyament²⁰⁸.

635. Pel que fa al respecte de la *vida familiar*, el TEDH li ha donat una virtualitat aplicava important, sobretot en casos d'immigrants integrats en el país o que s'hi instal·laren com a membres d'una família que va emigrar per raons econòmiques però que no tenen la nacionalitat del país²⁰⁹. Dificilment, per tant, pot posar-se en joc la protecció que ofereix l'article 8 en el cas de l'allunyament de demandants d'asil que només han estat provisionalment en un estat part. En aquests casos, les qüestions relatives a la vida familiar *comporten intrínsecament consideracions de retorn segur a l'estat d'origen*²¹⁰.

En el cas de demandants d'asil, el supòsit de fet generador de responsabilitat seria aquell en què un demandant té una vida familiar en un país estranger bé perquè ja es trobava en el territori com a immigrant, presenta una demanda d'asil i abans o després d'acabar el procediment al respecte de la demanda rep una ordre d'allunyament forçós del territori executòria; o bé perquè gaudeix *de facto* o *de iure* (si ha estat admès formalment a entrar) d'asil provisional i, amb el pas del temps, construeix una vida familiar susceptible de ser alterada per una mesura d'allunyament. No hi ha hagut massa afers objecte de decisió per part del TEDH en què s'hagi presentat clarament un d'aquests supòsits. De fet, les polítiques dels estats europeus d'evitar reconèixer l'entrada en el país dels demandants d'asil, de no admissió, d'acceleració de procediments, de detenció, etc. cerquen entre d'altres coses evitar qualsevol integració dels demandants d'asil com a immigrants en les societats d'acollida. Un dels objectius de les polítiques restrictives respecte dels demandants d'asil és restringir al màxim les possibilitats dels demandants d'asil d'instaurar uns lligams familiars que puguin ser afectats per les mesures d'allunyament²¹¹. En la mesura de l'efectivitat creixent

²⁰⁸ Per exemple, Ct&DH, dictamen d'1 de novembre de 1996, afer *Steward v. Canada*, Comunicació N° 538/1993, §12.10, *IHRR*, vol. 4, 1997, pàg. 418; Ct&DH, dictamen de 3 d'abril de 1997, afer *Giosue Canepa v. Canada*, Comunicació N° 558/1993, UN Doc. CCPR/C/59/D/558/1993 (1997), §11.4

²⁰⁹ Els trets generals d'aquesta doctrina s'analitzen, per exemple, a Diego Boza Martínez, "El derecho a la vida familiar como límite a las expulsiones de extranjeros condenados por sentencia firme. Breve análisis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *RDME*, núm. 11, 2006, pàgs. 25-39; Teresa Freixes, "Criterios básicos de la jurisprudencia europea en materia de derechos de los extranjeros", Antonio Marzal, *Migraciones económicas masivas y derechos del hombre*, Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2002, pàgs. 104-111.

²¹⁰ Hélène Lambert, "The European Court of Human Rights and the Right of Refugees and Other Persons in Need of Protection to Family Reunion", *IJRL*, vol. 11, núm. 3, 1999, pàg. 448.

²¹¹ La inserció de l'estranger en el seu mitjà d'acollida el converteix en *quasiment inexpulsable de fait*. Henri Labayle, "L'éloignement des étrangers devant la Cour européenne des droits de l'homme", *loc. cit.*,

d'aquestes polítiques és poc probable que es presentin gaire afers d'aquest tipus en el futur; tot i que resta la possibilitat que un demandant d'asil instal·lat en un país d'immigració pugui patir mesures d'allunyament que posin en joc la seva vida familiar. Llavors, de tota manera, la qualitat de demandant d'asil probablement només podria tenir un rol significatiu en la valoració de la ingerència en la *vida privada*, car pel que fa a la seva *vida familiar* la seva situació seria idèntica a la de qualsevol altre immigrant.

Un dels casos relatius a un demandant d'asil en què s'ha plantejat si el seu allunyament després de força temps d'estada violava l'article 8 és el cas *Amrollahi contra Dinamarca* de 2002. En ell el demandant, nacional iranià desertor de l'exercit d'aquell país, va obtenir primer un permís de protecció temporal i després un permís de residència permanent a Dinamarca, va tenir un fill i després es va casar amb una dona danesa amb qui va tenir dos fills més. La seva família iraniana havia trencat tota relació amb ell a causa de la seva deserció. A Dinamarca va ser condemnat a tres anys de presó per tràfic de drogues i va ser expulsat del país amb una ordre de prohibició d'entrada. El TEDH, tenint en compte tots els factors en joc, va considerar que

*com a conseqüència de l'expulsió permanent del demandant de Dinamarca la família seria separada, ja que era de facto impossible per ells continuar la seva vida familiar fora de Dinamarca*²¹²

En aquest cas, la vida familiar de Davood Amrollahi s'havia constituït durant períodes de residència legal concedida per l'estat danès. No va ser així, en un altre cas en què el TEDH va considerar que no hi havia hagut violació de l'article 8.

En el cas *Solomon contra els Països Baixos* es va plantejar la situació d'un demandant d'asil que havia estat gaudint d'asil provisional durant cinc anys (1993-1998) fins a la decisió definitiva de devolució. En el cas, per considerar que, tot i que s'havia constituït una vida familiar en l'estat d'acollida, no hi havia violació de l'article 8 pel fet de l'allunyament es va tenir en compte: que mai es va garantir a Tunde Solomon un dret de residència estable; que només va gaudir dret de residència precari en forma d'asil provisional mentre es va resoldre la seva demanda d'asil (1993-1994); que, després va gaudir d'una situació de tolerància en el país en la mesura en què no s'executava el seu allunyament, i que va ser en aquest període en què es va constituir la seva vida familiar i en què va néixer la seva filla holandesa. Per tot això, es va considerar que el demandant no podia *raisonablement* esperar que podria continuar la seva vida familiar als Països Baixos²¹³.

636. Per contrast amb la protecció de l'article 3, les garanties que es deriven de l'article 8 del Conveni europeu de drets humans no són les mateixes que en el cas d'un dret absolut, sinó que són ponderades en relació a allò que és necessari en una societat

pàg. 987.

²¹² TEDH, sentència de 11 de juliol de 2002, afer *Amrollahi v. Denmark*, núm. 56811/00, §43.

²¹³ TEDH, decisió de 5 de setembre de 2000, afer *Solomon v. the Netherlands*, núm. 44328/98, §1.12.

democràtica en cada cas, és a dir que el marge de discrecionalitat de l'estat en l'aplicació de mesures d'allunyament que interfereixen en la vida privada o familiar de les persones és més gran. L'avantatge respecte de l'article 3 és que en el cas de la protecció de la vida privada i familiar, aquesta s'estén a la possibilitat d'allunyament vers qualsevol país, ja que l'eix de la valoració de la ingerència en el dret de la persona no és la situació del demandant en el país de destí sinó en el país d'acollida²¹⁴.

La pauta d'interpretació que el TEDH segueix per valorar si una mesura d'allunyament viola l'article 8 del Conveni europeu és similar en el fons a la del Comitè de drets humans:

- a. establir l'existència d'una vida familiar efectiva;
- b. establir si hi ha una interferència en aquesta vida familiar;
- c. establir la legalitat de la mesura d'allunyament;
- d. establir si l'objectiu de la mesura és legítim; i, finalment,
- e. si la interferència és "necessària en una societat democràtica".

Per valorar aquest darrer punt, el TEDH té en compte si hi ha una *necessitat social prement* i si l'allunyament és *proporcionat* amb l'objectiu legítim perseguit²¹⁵.

La doctrina del Tribunal europeu de drets humans ha variat considerablement al llarg dels anys respecte de la valoració d'aquest equilibri entre el dret de la persona al gaudi de la seva vida familiar i privada, i el dret de la col·lectivitat a preservar l'ordre públic i la seguretat interior a través de mesures d'allunyament d'estrangers. A partir de la segona meitat dels anys noranta, la doctrina està d'acord en què hi ha hagut un canvi considerable en la jurisprudència del Tribunal europeu de drets humans en un sentit cada cop més restrictiu del dret de la persona.

Durant molt de temps, la jurisprudència del TEDH va configurar una protecció gairebé infranquejable del dret dels estrangers de no ser allunyats del territori d'un estat quan hi estaven integrats amb lligams familiars²¹⁶. Una part de la doctrina fins i tot al·ludia a l'existència d'una *agenda oculta* destinada a la protecció de la segona generació d'immigrants²¹⁷ i a una *obligació positiva dels estats d'integració progressivament definida*²¹⁸. Aquesta jurisprudència va variar amb les sentències

²¹⁴ Empra aquesta expressió Johan Callewaert, "La Cour européenne des droits de l'homme et l'éloignement des étrangers", *loc. cit.*, pàg. 609.

²¹⁵ Per exemple, TEDH, sentència de 19 de febrer de 1998, afer *Dalia c. France*, núm. 26102/95, §52; TEDH, sentència de 26 de setembre de 1997, afer *Mehemi c. France*, núm. 25017/94, §34.

²¹⁶ Per exemple, TEDH, sentència de 21 de juny de 1988, afer *Berrehab v. The Netherlands*, núm. 10730/84, §29 (violació de l'article 8); TEDH, sentència de 18 de febrer de 1991, afer *Moustaquim c. Belgique*, núm. 12313/86, §44-46 (violació de l'article 8); TEDH, sentència de 26 de març de 1992, afer *Beldjoudi c. France*, núm. 12083/86, §75-79 (violació de l'article 8); TEDH, sentència de 13 de juliol de 1995, afer *Nasri c. France*, núm. 19465/92, §46 (violació de l'article 8).

²¹⁷ Com Richard Cholewinski, "Strasbourg's 'Hidden Agenda'?: The Protection of Second-Generation Migrants from Expulsion under Article 8 of the European Convention on Human Rights", *NQHR*, vol. 12, núm. 3, 1994, pàgs. 287-306.

²¹⁸ Olivier de Schutter, "La souveraineté de l'Etat et les droits de la personne immigrée", *RDE*, núm.

Boughanemi contra França i *C. contra Bèlgica* de 1996, a partir de les quals el TEDH va començar a donar més pes a la gravetat de la infracció comesa per part de l'estranger en l'estat d'acollida per tal de valorar la necessitat de la mesura en una societat democràtica²¹⁹. La doctrina del TEDH en aquest punt és la següent:

*En valorar quins són els criteris rellevants en el cas, el Tribunal considerarà la naturalesa i la gravetat de la infracció comesa pel demandant; el temps que fa que es troba en l'estat d'on serà expulsat; el temps que ha passat des de que la infracció va ser comesa i la conducta del demandant en aquest període; les nacionalitats de les persones afectades; la situació familiar del demandant, com el temps de durada del matrimoni; i altres factors que expressin l'efectivitat de la vida familiar de la parella; si l'esposa coneixia la infracció quan van començar la seva relació familiar; i si hi ha fills en el matrimoni, i si n'hi ha, quina edat tenen. Nogensmenys el tribunal també tindrà en consideració la gravetat de les dificultats amb què l'esposa probablement es trobaria en el país d'origen, tot i que el fet que una persona pugui trobar algunes dificultats en acompanyar el seu espòs o esposa no poden per elles mateixes excloure l'expulsió*²²⁰.

L'aplicació d'aquests criteris ha dut a l'efecte que els estrangers sotmesos a mesures d'expulsió que estan casats o conviuen amb nacionals del país que procedeix a l'expulsió tenen més possibilitats de que el TEDH consideri que la seva expulsió és contrària a l'article 8, ja que quan es tracta de relacions entre adults fora d'aquest supòsits el TEDH només té en compte relacions de dependència *diferents dels lligams afectius normals*²²¹.

La jurisprudència del TEDH va continuar sent restrictiva pel que fa a l'abast del drets dels estrangers de no ser expulsats si això posava en risc la seva vida familiar²²² i ho ha continuat sent després que el nou TEDH entrés en funcionament amb el Protocol núm. 11²²³. El Tribunal cada cop tendeix més a minimitzar els vincles socials de la persona en el país en què es troba i a valorar amb més duresa el seu comportament delictiu, cosa que fa que ni el fet que arribés de ben petit al país, ni que constitueixi una vida familiar quan la seva estada ja és precària siguin fets determinants a favor seu²²⁴.

84, 1995, pàg. 270.

²¹⁹ TEDH, sentència de 24 d'abril de 1996, afer *Boughanemi c. France*, núm. 22070/93, §42-45 (no violació); TEDH, sentència de 7 d'agost de 1996, afer *C. c. Belgique*, núm. 21794/93, § 32-36 (no violació).

²²⁰ TEDH, sentència de 11 de juliol de 2002, afer *Amrollahi v. Denmark*, núm. 56811/00, §35; TEDH, sentència de 2 d'agost de 2001, afer *Boultif c. Suisse*, núm. 54273/00, §48.

²²¹ Per exemple, sentència de 10 de juliol de 2003, afer *Benhebba c. France*, núm. 53441/99, §34-38; TEDH, sentència de 17 de gener de 2006, afer *Aoulmi c. France*, núm. 50278/99, §87.

²²² TEDH, sentència de 29 de gener de 1997, afer *Bouchelkia c. France*, núm. 23078/93, §50-53; TEDH, sentència de 26 de setembre de 1997, afer *El Boujaïdi c. France*, núm. 25613/94, §41-42; TEDH, sentència de 21 d'octubre de 1997, afer *Boujlifa c. France*, núm. 25404/94, §44-45; TEDH, sentència de 19 de febrer de 1998, afer *Dalia c. France*, núm. 26102/95, §53-55.

²²³ TEDH, decisió de 8 de desembre de 1998, afer *Ahcène Benrachid c. France*, núm. 39518/98 (*En Dret*); TEDH, decisió de 9 de mars de 1999, afer *Karim Djaïd c. France*, núm. 38687/97, §2 (*En Dret*); TEDH, sentència de 30 de novembre de 1999, afer *Baghli c. France*, núm. 34374/97, §47-49.

²²⁴ Jean-François Flauss, "Actualité de la Convention européennes des droits de l'homme

Això no obstant, en casos en què hi ha lligams familiars en un país estranger i l'expulsió no es deriva de la comissió d'infraccions penals sinó del no compliment de normes administratives d'estrangeria, el TEDH ha considerat que l'article 8 havia estat violat per part de l'estat²²⁵.

La doctrina, en general, està d'acord amb què hi ha hagut un canvi en la doctrina jurisprudencial del TEDH²²⁶ i en què, reforçant l'eix de la gravetat de la infracció en la valoració de l'equilibri d'interessos en joc, hi ha una *voluntat manifesta de tornar a tancar la porta entreoberta*²²⁷ fa molts anys favorable al dret dels estrangers de no ser expulsats en virtut del dret de gaudir d'una vida familiar²²⁸.

c. El dret de no patir una denegació de justícia flagrant

637. Ja en el cas *Soering* es va plantejar que el demandant, si era enviat als EEUU d'Amèrica podia patir una violació del seu dret a un recurs equitatiu previst a l'article 6. El TEDH, tot i que en el cas no es va considerar competent per examinar la qüestió, va establir que

*Tal com el consagra l'article 6, el dret a un procés penal equitatiu ocupa un lloc eminent en una societat democràtica. El Tribunal no exclou pas que una decisió d'extradició pugui, excepcionalment plantejar un problema respecte d'aquest text en cas en què el fugitiu hagués patit o estigués en risc de patir una denegació de justícia flagrant (...)*²²⁹.

En el cas *Drozd et Janousek contra Espanya i França*, el Tribunal també va establir que els estats havien d'*abstenir-se de col·laborar* en situacions que suposen una *denegació de justícia flagrant*, cosa que ampliava l'àmbit d'aplicació d'aquesta

(novembre 1998-avril 2000), *AJDA* núm. 6, 2000, pàg. 536.

²²⁵ TEDH, sentència d'11 de juliol de 2000, afer *Ciliz v. the Netherlands*, núm. 29192/95, §69-72.

²²⁶ Joël Andriantsimbazovina, "Splendeurs et misères de l'ordre public européen. Les trois dernières années de l'ancienne Cour européenne des droits de l'homme (1996-1997-1998)", *CDE*, núms. 5-6, 2000, pàg. 707. El canvi, d'altra banda, va crear una certa incoherència i imprevisibilitat de la jurisprudència segons Aileen McHarg, "Reconciling Human Rights and the Public Interest: Conceptual Problems and Doctrinal Uncertainty in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights", *The Modern Law Review*, vol. 62, 1999, pàgs. 671-696; i Colin Harvey, "Promoting insecurity: Public Order, expulsion and the European Convention on Human Rights", Elspeth Guild, Paul Minderhoud (eds.), *Security of Residence and Expulsion. Protection of Aliens in Europe*, The Hague, Boston, Londres: Martinus Nijhoff Publishers, 2001, pàg. 57.

²²⁷ Pierre Lambert, "Note. L'expulsion des étrangers délinquants devant la Cour européenne des droits de l'homme", *Gazette du Palais. Spécial Droits de l'Homme*, 21-23 de març de 2000, pàg. 46.

²²⁸ També des d'una perspectiva crítica pel *retorn al realisme* en detriment dels drets individuals, Henri Labayle, "L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme et le droit de l'étranger au respect de sa vie privée et familiale", Hughes Fulchiron, (dir.), *Les étrangers et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Paris: Librairie du Droit et de Jurisprudence, 1999, pàg. 107.

²²⁹ TEDH, sentència de 7 de juliol de 1989, afer *Soering v. the United Kingdom*, núm. 14038/88, §113. També TEDH, sentència de 4 de febrer de 2005, afer *Mamatkulov and Askarov v. Turkey*, núms. 46827/99 i 46951/99, §88.

protecció implícita més enllà dels supòsits d'extradició²³⁰.

El TEDH, per tant, sembla establir un llindar diferent entre l'exigència derivada del dret a un recurs equitatiu dins d'un estat part, i la naturalesa i la gravetat del risc que es corre en l'estat de destí. D'altra banda, no deixa de ser una incoherència interna del sistema d'interpretació establert pels òrgans de garantia que les persones estiguin protegides contra una denegació flagrant de justícia en un estat tercer en un supòsit d'allunyament, mentre que no ho estan en l'estat part del Conveni en què es troben respecte de la mateixa mesura d'expulsió, en què l'aplicabilitat de l'article 6 està exclosa.

C. LA UNIÓ EUROPEA I EL RESPECTE DELS DRETS DELS DEMANDANTS D'ASIL DERIVATS DEL SISTEMA EUROPEU DE PROTECCIO DELS DRETS HUMANS I LES LLIBERTATS FONAMENTALS

638. En la construcció europea contemporània, el respecte dels drets fonamentals per part de les institucions quan exerceixen les competències atribuïdes a les Comunitats Europees, i dels estats quan implementen el dret comunitari, és assegurat a través del control jurisdiccional del Tribunal de Justícia de les Europees. Juntament amb el sistema del Consell d'Europa i les respectives formes de control dels drets intern dels estats, aquest control configura un *sistema integral tot i que inacabat de reconeixement i tutela dels drets fonamentals*²³¹.

El TJCE exerceix un control jurisdiccional de forma efectiva des de 1974²³², basant-se en l'argument que encara que manqui un text jurídicament obligatori cal assegurar el respecte dels drets fonamentals en la mesura que formen part de les *tradicions constitucionals comunes dels estats membres* que el mateix Tribunal ha de garantir com a principis generals del dret. A partir de 1975²³³, el Tribunal de Justícia incorpora de forma indirecte el Conveni de Roma per a la protecció dels drets humans i les llibertats fonamentals de 1950 com a paràmetre de control del dret derivat comunitari en considerar que, a l'hora d'interpretar les *tradicions constitucionals dels estats membres* de les que assegura el respecte com a principis generals, pot tenir en compte tractats internacionals en matèria de drets humans dels que en són parts els estats membres.

²³⁰ TEDH, sentència de 26 de juny de 1992, afer *Drozd et Janousek c. France et Espagne*, núm. 12747/87, §110.

²³¹ Teresa Freixes Sanjuán, "Derechos fundamentales en la Unión Europea. Evolución y prospectiva: la construcción de un espacio jurídico europeo de los derechos fundamentales", *ReDCE*, núm. 4, 2005, pàgs. 43-44 i 85.

²³² TJCE, sentència de 14 de maig de 1974, afer *Nold K.G. c. Commission*, núm. 4/73, §13.

²³³ TJCE, sentència de 28 d'octubre de 1975, afer *Rutili c. Ministre de l'intérieur*, núm. 36/75, §32.

El control del respecte dels drets fonamentals en l'exercici de les competències atribuïdes a les Comunitats Europees únicament per via pretoriana ha de ser considerat una anomalia jurídica en l'estadi actual d'evolució de la construcció europea, ja que depèn exclusivament del control jurisdiccional que el TJCE faci cas per cas del dret comunitari, i de l'abast de l'accés efectiu de les eventuais víctimes a la instància judicial comunitària.

A més, el TJCE únicament exercirà un control judicial respecte dels actes de les institucions i dels estats que estiguin *dins de l'àmbit del dret comunitari*, i això fa planar el dubte de si aquest control podria o no exercir-se actualment en relació amb tots els supòsits d'expulsió de nacionals de tercers estats, demandants d'asil o no. En principi, si es fa una interpretació estricta, com que en comunitari aquesta qüestió no ha estat desenvolupada substantivament, com a mínim, el TJCE controlaria des de la perspectiva dels drets fonamentals les expulsions de persones que van entrar amb un visat Schengen en l'espai comú (aplicant l'article 23 Conveni d'aplicació), però no les altres. Aquest àmbit es situa en *els confins del dret comunitari*, com expressa Julio Baquero Cruz però, com ell mateix indica, *l'aplicació uniforme del dret comunitari al que pertany el bagatge Schengen exigiria que les expulsions es facin de conformitat amb les garanties equivalents dels drets fonamentals*²³⁴.

Les limitacions d'una protecció exclusivament pretoriana constitueix un greuge des del punt de vista de la legitimitat i les garanties democràtiques, i ha provocat problemes quan els ciutadans de la Unió han acudit a jurisdiccions nacionals i internacionals per tal de veure garantits els seus drets quan es consideren manllevats per les institucions comunitàries²³⁵. En el control internacional, és important el plantejament que fa el Tribunal europeu de drets humans quan ha hagut de resoldre casos en què estava en qüestió del dret comunitari com en el cas *Matthews* de 1999 i en el cas *Bosphorus* de 2005.

1. La doctrina del TEDH sobre el respecte de l'ordre públic europeu instaurat a partir del Conveni de Roma per part del dret comunitari: de la sentència *Matthews* de 1999 a la sentència *Bosphorus* de 2005

639. Amb la transferència de competències per part dels estats per a la gestió comuna de l'asil en el marc de la Unió Europea sorgeix un neguit similar al que va esclatar davant del Tribunal de justícia de les Comunitats europees en els anys setanta:

²³⁴ Julio Baquero Cruz, "El auto Dem'Yanenko: Expulsión de ciudadanos de terceros estados y TJCE", *RDCE*, núm. 19, 2004, pàg. 947.

²³⁵ Pel que fa a l'autoritat dels tribunals interns per controlar el dret comunitari d'acord amb estàndards interns, per exemple, TC (Espanya), sentència de 19 d'abril de 2004, núm. 2004/58, *Aranzadi Westlaw* RTC 58\2004, §11.2; i Conseil Constitutionnel (Fr), decisió de 10 de juny de 2004, núm. 2004-496 DC, §7.