

endegats¹⁴⁵.

A França, davant de les al·legacions de maltractaments de demandants d'asil a les zones d'espera de l'aeroport de *Roissy-Charles de Gaulle* de Paris (fustigament, maltractament, amenaces i insults de tipus racista), Amnistia Internacional va denunciar aquests fets, va demanar que fossin investigats, i va posar en relleu l'existència d'instal·lacions pobres i inadequades per al manteniment dels demandants d'asil. També dins d'aquest període, Amnistia Internacional va assumir les crítiques que prèviament el Comitè per a la prevenció de la tortura havia emès en l'informe de maig de 1999 sobre les condicions de detenció a l'aeroport de *Frankfurt am Main*, i va recomanar que les autoritats alemanyes prenguessin mesures per assegurar una assistència mèdica millor dels demandants d'asil que són mantinguts en les zones de trànsit de l'aeroport, i que reconsideressin la detenció de demandants d'asil en aquestes zones per llargs períodes de temps. En la zona de trànsit d'aquest aeroport va produir-se el suïcidi d'un demandant d'asil algerià, el qual havia estat tractat prèviament d'una crisi nerviosa en l'hospital on havia estat traslladat temporalment¹⁴⁶.

Amnistia internacional també ha fet altres denúncies relatives, per exemple, que a Alemanya, especialment a Berlín, estava sorgint una *pauta de maltractaments* policials a estrangers que anava més enllà de casos aïllats¹⁴⁷; que al Regne Unit la detenció dels demandants d'asil corre el risc de convertir-se en totalment sistemàtica, sense cap mena de control judicial i en llocs allunyats que no permeten ni el contacte del retinguts amb els familiars que es troben en el país ni amb el món exterior als centres de detenció¹⁴⁸; o que a Itàlia sovint l'accés per part de les ONGs als centres de retenció és denegat, tot i que es reben denúncies de maltractaments i de tortura¹⁴⁹.

Altres ONGs també han fet informes denunciant la situació en què són detinguts els demandants d'asil en la zona d'espera dels aeroports, com en el cas de l'*Anafé* a França¹⁵⁰, o la *Human Rights Watch* en el cas d'Espanya¹⁵¹.

¹⁴⁵ Amnesty International, *Concerns in Europe. January-June 2000*, 21 d'agost de 2000, EUR 01/003/2000.

¹⁴⁶ *Ibidem*.

¹⁴⁷ Amnistia Internacional, *Alemania. Un fallo en el sistema: extranjeros maltratados por la policía*; Madrid: Editorial Amnistia Internacional, 1995, pàg. 9.

¹⁴⁸ 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. 77-79/94.

¹⁴⁹ Amnesty International, *Italy. Temporary Stay. Permanent Rights: The treatments of foreign nationals held in 'temporary stay and assistance centres' (CPTAs)*, AI Index: EUR 30/004/2005, juny de 2005, pàg. 2/67.

¹⁵⁰ Association Nationale d'assistance aux frontières pour les étrangers (Anafé), *Bilan des visites en zone d'attente a Roissy. Campagne de novembre 2000 a mars 2001*, abril de 2001; *id.*, *Bilan des observations des audiences du 35 "Quater" au Tribunal de Grande Instance de Bobigny. Campagne du 15 décembre 2000 au 31 janvier 2001*, abril de 2001.

¹⁵¹ HRW, *Spain. The other face of the Canary Islands: Rights Violations Against Migrants and Asylum Seekers*, febrer de 2002.

497. A França el novembre de 2000 es va fer públic un dictamen sobre un projecte de llei de finances per a 2001 que, en l'apartat "policia", feia una anàlisi devastadora de la situació en què es trobaven les zones d'espera i els centres de retenció, qualificats d'*horror de la República*¹⁵². El dictamen va ser fet per Louis Mermaz, diputat de l'Assemblea Nacional en nom de la *Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République*, i va tenir força ressò mediàtic en una època en què l'accés a les zones d'espera franceses per part de les organitzacions d'ajut als refugiats i als estrangers estava molt limitada¹⁵³. En ell, es relataven les visites a 4 zones d'espera (entre les quals les dels aeroports de Roissy i Orly on es presenten la gran majoria de demandes d'asil) i 5 centres de retenció, i s'arribava a un *balanç inapel·lable: persones són tractades en aquests llocs de forma inacceptable*¹⁵⁴.

El dictamen Mermaz no pretenia fer acusacions concretes respecte de persones concretes sinó presentar públicament que les zones d'espera i els centres de retenció són la *manifestació dels nostres oblits col·lectius*. Era sobretot una apel·lació a la consciència col·lectiva, aplicable a tota la Unió Europea (als països de la qual eren traslladables gairebé totes les conclusions de l'informe sobre França) sobre que *la pressió a les nostres fronteres resulta d'un sistema internacional que oprimeix políticament i econòmicament milions de dissortats*¹⁵⁵.

L'apartat III d'aquest dictamen duu per títol una expressió força il·lustrativa de l'opinió formada després d'haver fet les visites: *En les fronteres de la Humanitat: Les zones d'espera i els centres de retenció*¹⁵⁶. En el cas de les zones d'espera, l'explicació que Mermaz feia de la seva visita a la de l'aeroport de Roissy era particularment il·lustrativa. En ella es descrivien les millores recents pel que feia a l'assistència mèdica i la situació de les petites cambres, però es constatava que les finestres estaven segellades, cosa que reforçava la

impressió de tancament, fins i tot, d'ofegament, que se sent quan un entra en aquest lloc. La ventilació se'n ressent: l'olor és forta, a vegades difícilment suportable. Les persones que s'hi troben, amuntegades, en condicions de promiscuïtat inacceptables, estan forçades a la inactivitat per l'absència d'equipaments o d'un lloc col·lectiu,

¹⁵² Assemblée Nationale (11^{ème} législature), Louis Mermaz, *Avis présenté au nom de la Commission des Lois Constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi de finances pour 2001 (n° 2585). Tom II Intérieur et Décentralisation. Police*, N° 2628, 11 d'octubre de 2000, pàg. 70.

¹⁵³ Dos dies després de fer-se públic l'informe, un article a *Le Monde* se'n feia ressò amb un títol prou explícit; Sylvia Zappi, "Un rapport qualifie d'«horreur de la République» les zones d'attente pour étrangers", *Le Monde*, dijous 16 de novembre de 2000, pàg. 11.

¹⁵⁴ Assemblée Nationale, Louis Mermaz, *Avis (...)*, N° 2628, pàg. 8.

¹⁵⁵ Assemblée Nationale, Louis Mermaz, *Avis (...)*, N° 2628, *Introducció*.

¹⁵⁶ *Ibidem*; III. *Aux frontières de l'humanité: Les zones d'attente et les centres de rétention*.

*excepte una habitació exigua*¹⁵⁷.

Pel que fa als centres de retenció, en el dictamen es disposava que

*la visita dels centres de retenció enterboleix les referències de la ciutadania i dóna el sentiment que s'està penetrant en un altre país, en una altra època, lluny de la França de l'any 2000*¹⁵⁸.

En el dictamen, es demanava el tancament immediat de dos dels centres de retenció visitats, els dos de les afores de Paris, *Choisy-le-Roi*, del qual es deia que estava *totalment inadaptat per a la seva funció*, i *Bobigny*, que es definia com a un *subsòl sòrdid*, i que era *sens dubte el pitjor* de tots els centres de retenció visitats¹⁵⁹.

L'examen de la situació de les zones d'espera i els centres de retenció en un país concret, com França, però que en termes generals podria ser el de qualsevol país europeu, demostrava que, en la recerca d'un equilibri entre els principis liberals de respecte i protecció dels drets humans i les llibertats fonamentals dels éssers humans inherents a la seva dignitat, i la protecció de la seguretat de l'estat i el control de la immigració en tant que suposats mitjans de fixació de la pròpia població, actualment, prima el segon dels elements.

En les conclusions del dictamen, Louis Mermaz feia algunes reflexions respecte de la política en matèria d'asil a França, extensible en general a la resta de països europeus. Segons ell, pel que fa a l'asil,

la conjunció d'una certa obertura de les fronteres, de la llargària dels procediments i del caràcter restrictiu de les autoritzacions d'estada concedides in fine és una màquina de "fabricar" clandestins.

No es tracta, com ell mateix expressa,

*de discutir el fet que nombrosos demandants d'asil polític fugen, en realitat, la misèria del seu país. En un món on l'opressió és econòmica tant com política, no hi ha en això res de sorprenent*¹⁶⁰.

Es tracta d'acceptar conscientment i pública una realitat que ja no pot ser ocultada essent conseqüents amb els principis i valors que fonamenten i legitimen l'existència dels models d'organització política i social i, com a conseqüència d'això, tractar les persones estrangeres que arriben a les fronteres dels estats europeus i, entre elles, els demandants d'asil, amb la dignitat inherent a tots els éssers humans. L'estratègia d'ocultació de tots aquests episodis de misèria que es produeixen en les societats europees actuals deixa de

¹⁵⁷ *Ibidem*, III. A. Les zones d'attente. 3. Compte-rendu des visites. b) Roissy.

¹⁵⁸ (...) *la visite des centres de rétention brouille les repères de la citoyenneté et donne le sentiment de pénétrer dans un autre pays, à une autre époque, loin de la France de l'an 2000. Ibidem*, III. B. Les centres de rétention. 3. Compte rendu des visites.

¹⁵⁹ *Ibidem*, III. B. 3. d) Choisy-le-Roi i e) Bobigny.

¹⁶⁰ *Ibidem*, III. A. 4. En l'apartat III. B. 4., es conclouïa finalment que, *Au total, il s'agit, pour la France, de comprendre qu'une politique de lutte contre l'immigration clandestine, aussi nécessaire soit-elle, ne saurait justifier un reniement des principes qui font la grandeur de notre pays: la dignité de l'homme, le respect de son intégrité morale et physique, l'humanité.*

funcionar, a partir del moment que s'arriba a una certa consciència de l'existència d'aquestes situacions, i resulta insuportable tolerar un tipus de tractaments als estrangers que es troben en una zona gris just per sota del llindar de gravetat a partir del qual s'està davant de tortures o tractaments inhumans o degradants.

498. EL DRET A UNES CONDICIONS DE DETENCIÓ DECENTS QUE RESULTA DE L'ARTICLE 3 DEL CONVENI EUROPEU DE DRETS HUMANS O ARTICLE 3BIS¹⁶¹. D'ençà uns anys, el Tribunal europeu de drets humans ha anat fent seva, alhora que la perfeccionava, una línia doctrinal de la Comissió europea relativa a que, en determinades circumstàncies, les persones detingudes poden patir tractaments contraris a l'article 3 del Conveni de resultes de les condicions de detenció en què es troben. És a dir, sense que hagin patit directament mesures de força física a mans dels agents de l'estat constitutius de tortura, o tractaments inhumans o degradants intencionalment infligits.

La Comissió, en aquest sentit, per considerar que l'article 3 havia estat violat fins i tot va tenir en compte en un dels seus informes les condicions de subsistència, beure, menjar i assistència mèdica, de què els detinguts no gaudien suficientment¹⁶².

La Comissió havia ja preparat el terreny per a uns estàndards europeus relatius a les condicions de detenció que podien ser garantits a través del dret de l'article 3 del Conveni, amb una protecció *par ricochet*. Així, malgrat no preveure directament un dret a unes condicions de detenció humanes o decents, aquest podia ser emparat indirectament per la Comissió si s'atansava tractament inhumà o degradant. El Tribunal europeu de drets humans, però, va anar més enllà que la Comissió i, a partir de la sentència de l'afer *Kudła* de 2000, va donar un sentit positiu al dret de gaudir d'unes condicions de detenció decents tot definint una *protecció quasi directe*¹⁶³.

A partir d'aquesta sentència, el TEDH rebaixa el llindar exigit anteriorment per part de la Comissió per tal de considerar que són en joc els drets de l'article 3. Ho fa adaptant els criteris per considerar que hi ha un tractament degradant a la situació particular de les persones detingudes i aparcant la qüestió de l'element intencional com a no essencial.

Per al Tribunal, com ha expressat en nombroses ocasions,

l'article 3 del Conveni consagra un dels valors més fonamentals de les societats democràtiques. Prohibeix en termes absoluts la tortura o els tractaments o penes inhumans o degradants, siguin quines siguin les circumstàncies i el comportament

¹⁶¹ Així l'anomena Frédéric Sudre, "L'article 3bis de la Convention européenne des droits de l'homme: Le droit à des conditions de détention conformes au respect de la dignité humaine", *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, vol. II, Bruselas: Bruylant, 2004, pàgs. 1499-1514.

¹⁶² CsseDH, informe de 10 de juliol de 1976, afer *Cyprus v. Turkey*, §405, citat a Antonio Cassese, "Can the Notion of Inhuman and Degrading Treatment be applied to Socio-Economic Conditions?", *EJIL*, vol. 2, núm. 2, 1991, pàg. 144.

¹⁶³ Bertrand Ecochard, "L'émergence d'un droit à des conditions de détention décentes garanti par l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme", *RFDA*, núm. 1, 2003, pàg. 100.

de la víctima.

91. Això no obstant, per entrar dins de l'àmbit d'aplicació de l'article 3, un tractament ha d'atansar un mínim de gravetat. L'apreciació d'aquest mínim és per naturalesa relatiu; depèn de totes les circumstàncies del cas, com la naturalesa i el context del tractament, de la modalitat d'execució, de la seva durada, dels seus efectes físics o mentals, així com, a vegades, del sexe, de l'edat i de l'estat de salut de la víctima¹⁶⁴.

En l'apreciació de la gravetat dels tractaments, relativa per essència, el TEDH té en compte l'especial vulnerabilitat dels detinguts, que són a mercè d'algú altre, cosa que per ella mateixa afecta la dignitat de les persones. El Tribunal, cada cop amb més freqüència evoca l'element de la dignitat de la persona, sobretot en situacions en que la víctima es troba en una situació de vulnerabilitat especial, cosa que permet modular l'aplicabilitat en cada cas de l'article 3. Un tractament pot ser considerat *inhumà* tenint en compte la premeditació, la durada, la gravetat de les lesions corporals o el patiment físic i mental intens de la víctima; i *degradant* perquè susciti sentiments de por, angoixa i inferioritat que humiliïn i rebaixin¹⁶⁵. En el cas de les persones detingudes, però, el patiment i la humiliació han d'anar més enllà de les conseqüències penoses inherents a l'aplicació d'una pena o càstig legítims. Certament, la privació de llibertat rebaixa, i això no fa que aquesta sigui sempre il·legítima a la llum de l'article 3 del Conveni,

*No obstant, en virtut d'aquesta disposició, l'estat ha d'assegurar-se que una persona és detinguda en condicions compatibles amb el respecte de la seva dignitat humana, que les modalitats d'execució de la mesura no la sotmet a angoixa o privació d'una intensitat que excedeixi el nivell inevitable de patiment inherent a la detenció (...)*¹⁶⁶.

En la mesura d'aquesta conclusió, la sentència de 26 d'octubre de 2000 en l'afer *Kudła contra Polònia* configura obligacions positives a càrrec dels estats, que permeten parlar del dret a unes condicions de detenció decents derivat de l'article 3 del Conveni europeu, malgrat que el cas concret el TEDH considerés que no s'havia violat l'article 3.

499. La sentència *Kudła* ha tingut continuïtat en sentències del Tribunal europeu de drets humans on s'ha desenvolupat la línia jurisprudencial iniciada en ella. En aquestes, el TEDH confirma que, si bé la intencionalitat del tractament pot ser tinguda en compte a l'hora de valorar si hi ha hagut una violació de l'article 3 mentre una persona estava en situació de privació de llibertat, aquest element no és definitiu. Així doncs, les condicions de detenció poden inevitablement, per elles mateixes, provocar patiments de tal intensitat que constitueixin tractaments inhumans o degradants. El TEDH tendeix a objectivar la qualificació de tractaments contraris a l'article 3 en

¹⁶⁴ Entre d'altres, TEDH, sentència de 26 d'octubre de 2000, afer *Kudła v. Poland*, núm. 30210/96, §90-91

¹⁶⁵ *Ibidem*, §92.

¹⁶⁶ *Ibidem*, §94.

situació de privació de llibertat.

En aquest sentit, en la sentència del cas *Peers contra Grècia*, el TEDH va considerar que no hi havia cap evidència de la intenció en positiu d'humiliar o rebaixar el demandant però que

*l'absència d'aquest propòsit no pot descartar de forma concloent la violació de l'article 3*¹⁶⁷.

El Tribunal va tenir en compte, no obstant, no tant les condicions materials de la detenció, sinó que les autoritats competents no van adoptar cap mesura per millorar les condicions de detenció objectivament inacceptables del demandant. És a dir que, en certa mesura estaria considerant la omissió culposa de les autoritats de l'estat:

*Des del punt de vista del Tribunal, aquesta omissió denota una falta de respecte pel demandant. El Tribunal té en compte, en particular, que, durant almenys dos mesos, el demandant va haver de passar una considerable part de cada període de 24 hores pràcticament confinat en el seu llit en una cel·la sense ventilació ni finestra, que a vegades esdevenia insuportablement calorosa*¹⁶⁸.

Malgrat tot, al final, va establir que

*les condicions de detenció denunciades van fer minvar la dignitat humana del demandant i va provocar en ells sentiments d'angoixa i inferioritat capaços d'humiliar-lo i rebaixar-lo i possiblement devastar la seva resistència física. En resum, el Tribunal considera que les condicions de detenció del demandant (...) comportaren tractament degradant en el sentit de l'article 3 del Conveni*¹⁶⁹.

Descartant ja del tot els elements subjectius relatius al comportament per acció o per omissió de les autoritats sota la responsabilitat directa de les quals estan les persones detingudes, en la sentència de 6 de març de 2001 en l'afer *Dougoz contra Grècia*, el tribunal va establir que

*les condicions de detenció poden a vegades suposar tractament inhumà o degradant*¹⁷⁰.

En aquest cas, el Tribunal va considerar que els efectes acumulatius de les condicions de detenció en què hi havia sobrepoblació, les cel·les estaven brutes i no tenien ni llits ni sanitaris suficients, gairebé no hi havia aigua calenta disponible, no hi havia aire fresc ni llum natural, ni prou espai per fer exercici, etc. tenint en compte la durada de la privació de llibertat, constituïa tractament degradant contrari a l'article 3.

En el cas *Dougoz* la detenció afectava una persona que havia sol·licitat l'estatut de refugiat, que li havia estat refusat i que, condemnada per infraccions relacionades amb la legislació d'estupefaents esperava l'execució d'una ordre d'expulsió en un centre d'internament d'estrangers. El TEDH aplica els mateixos criteris per determinar que es

¹⁶⁷ TEDH, sentència de 19 d'abril de 2001, afer *Peers v. Greece*, núm. 28524/95, §74.

¹⁶⁸ *Ibidem*, §75.

¹⁶⁹ *Ibidem*, §75.

¹⁷⁰ TEDH, sentència de 6 de març de 2001, afer *Dougoz v. Greece*, núm. 40907/98, §46.

produeixen tractaments prohibits per l'article 3 sigui quin sigui el lloc on la persona és detinguda, i siguin quins siguin els motius pels quals s'aplica la mesura de privació de llibertat, per això, és indiferent que l'establiment tingui o no caràcter penitenciari..

En una altra sentència, en el cas *Price contra el Regne Unit*, el TEDH també descarta tenir en compte qualsevol element intencional, que certament no existia, i considera violat l'article 3 del Conveni per les condicions materials en què una persona amb greus problemes de mobilitat havia estat detinguda durant tres nits i quatre dies. En aquest cas, la situació de vulnerabilitat especial de la persona sotmesa a mesures de privació de llibertat no resultava només de la situació de detenció, sinó de malformacions físiques que feien que la persona fos relativament autònoma en un habitacle adaptat però patís tractaments degradants (no podia utilitzar sola ni el llit ni els sanitaris) de ser mantinguda per la força en espais no habilitats¹⁷¹.

En altres casos, com en el cas de la sentència *Kalashnikov contra Rússia* de 15 de juliol de 2002, el TEDH reitera la seva jurisprudència iniciada en el cas *Kudła*, aquest cop considerant per unanimitat que l'article 3 del Conveni havia estat violat en un cas en què la detenció en condicions infrahumanes havia durat aproximadament 4 anys i 10 mesos, causant efectes perjudicials en la salut i el benestar del demandant¹⁷².

El Tribunal no sempre considera l'existència de condicions de detenció no decents de forma aïllada quan aquestes són invocades, a vegades, considera que agreugen el maltractament de baixa intensitat sofert per part de les autoritats que custodiaven el detingut, i que és el cúmul dels dos elements que aïlladament no constituïrien tractament degradant allò que atansa el nivell de gravetat requerit¹⁷³.

El Tribunal europeu de drets humans, per tot el que s'ha vist, aplica estàndards de prova menys elevats que la Comissió per determinar que hi ha hagut tractaments degradants en una situació de detenció, quan aquests són derivats de les condicions materials objectives en què ha estat el demandant¹⁷⁴. Una font d'informació utilitzada

¹⁷¹ TEDH, sentència de 10 de juliol de 2001, afer *Price v. The United Kingdom*, núm. 33394/96, §21-30. La vulnerabilitat especial també pot resultar en situació de detenció del fet de patir determinat tipus de malalties, com en el cas *Mouisel*, en què el TEDH estableix que manteniment en situació de detenció quan el malalt ha arribat a determinats nivells de feblesa pot constituir tractament degradant prohibit per l'article 3; TEDH, sentència de 14 de novembre de 2002, afer *Mouisel c. France*, núm. 67263/01, §36-48. El TEDH també considera que la condició d'estranger pot augmentar la vulnerabilitat, si bé aquesta circumstància no és determinant per establir que hi ha tractaments contraris a l'article 3, encara que s'estigués en situació d'aïllament lingüístic; TEDH, decisió de 12 de setembre de 2000, afer *Zhu v the United Kingdom*, núm. 36790/97.

¹⁷² TEDH, sentència de 15 de juliol de 2002, afer *Kalashnikov v. Russia*, núm. 47095/99, §96-103.

¹⁷³ TEDH, sentència de 31 de maig de 2001, afer *Akdeniz and others v. Turkey*, núm. 23954/94, §98.

¹⁷⁴ Això no vol dir que no hi hagi situacions en què, analitzant totes les circumstàncies del cas, no consideri que determinades condicions de detenció altrament considerades no adequades puguin no suposar una violació de l'article 3, com va passar en el cas *Öcalan*, en què l'aïllament del detingut, que era l'única persona detinguda a la illa d' Imrah durant cinc anys, no va considerar-se constitutiu de tractament prohibit, tenint en compte l'accés a mitjans de comunicació i lectures (ràdio, diaris i llibres -no televisió ni telèfon-), les visites mèdiques, l'accés als advocats, i les condicions generals de la cel·la; TEDH, sentència de 12 de març de 2003, afer *Öcalan v. Turkey*, núm. 46221/99, §229-236; confirmat per TEDH

com a força definitiva a la llum de la seva jurisprudència són els informes del Comitè europeu per a la Prevenció de la Tortura i els tractaments o càstigs inhumans o degradants (CPT), com va passar en el cas *Dougoz*¹⁷⁵ o en el cas *Peers*¹⁷⁶.

El TEDH, en desenvolupar un dret a unes condicions de detenció decents, s'ha inspirat en els estàndards europeus a la configuració dels quals contribueixen les regles mínimes per al tractament dels detinguts de la Resolució (73) 5 i la Recomanació R (87) 3 del Comitè de Ministres, de les que ha incorporat a la seves sentències conceptes i elements literals: l'objectiu de que les condicions de detenció no agreugin el patiment dels detinguts; les regles de salubritat, higiene, ventilació dels llocs de detenció, etc. Això ha fet que, per mitjà de la protecció convencional del dret de no ser sotmès a tractaments inhumans o degradants, s'estigui configurant una protecció dels detinguts que va més enllà de les normes de *soft law* en què s'expressa¹⁷⁷, i que aquestes regles mínimes, malgrat no ser formalment obligatòries estiguin assolint uns *efectes directes*¹⁷⁸ que beneficien als demandants d'asil detinguts que es troben sota la jurisdicció d'un dels estats parts en el Conveni europeu.

b. El dret de gaudir d'unes condicions essencials de vida

500. A l'Assemblea parlamentària del Consell d'Europa s'ha fet palesa recentment la necessitat de garantir uns *drets social mínims* als demandants d'asil, després que s'hagi constatat que malgrat el descens en el nombre de refugiats i demandants d'asil que arriben en estats europeus, es continuen prenent mesures que afecten la seva salut física i mental. Una proposta de *recomanació* de juny de 2006 posa de manifest, en aquest sentit, que els estats *rivalitzen entre ells per saber qui serà el més intractable respecte dels demandants d'asil*, per tal de fer que el nombre de demandants d'asil resti el més baix possible però que, en canvi, això no fa més disposades a marxar les persones a qui es refusa la protecció territorial¹⁷⁹. D'acord amb la proposta de recomanació, la Directiva 2003/9/CE del Consell de la Unió és una bona temptativa

(Grand Chamber), sentència de 15 de maig de 2005, afer *Öcalan v. Turkey*, núm. 46221/99, §191-196.

¹⁷⁵ TEDH, sentència de 6 de març de 2001, afer *Dougoz v. Greece*, núm. 40907/98, §40.

¹⁷⁶ TEDH, sentència de 19 d'abril de 2001, afer *Peers v. Greece*, núm. 28524/95, §61.

¹⁷⁷ Jean-Manuel Larralde, "Le *soft law* européen comme promoteur des droits des personnes incarcérées", Constance Grewe (dir.), *Questions sur le droit européen*, Caen: Presses Universitaires de Caen, 1996, pàg. 197.

¹⁷⁸ Així ho considera, per exemple, Bertrand Ecochard, "L'émergence d'un droit à des conditions de détention décentes garanti par l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme", *loc. cit.*, pàg. 108.

¹⁷⁹ Assemblée parlementaire, *Garantir les droits sociaux minimums aux demandeurs d'asile. Proposition de recommandation présentée par M. Østergaard et plusieurs de ses collègues*; Doc. 10947, 2 de juny de 2006, §4-5 del preàmbul.

d'harmonització dels procediments d'acollida però no ho és tant en el cas dels drets socials dels demandants d'asil, ja que es manté la diversitat en la garantia d'aquests drets així com la possibilitat que els estats afebleixin encara més l'abast del seu gaudi. D'acord amb la proposta de recomanació, els estats haurien de procurar com a mínim:

- a. que els demandants d'asil tindran un allotjament apropiat;
- b. evitar mantenir els demandants d'asil en situació de retenció administrativa i, si aquesta mesura s'imposa, limitar en el temps el període de retenció;
- c. proporcionar prestacions sanitàries que cobreixin no només les cures d'urgència sinó també les atencions sanitàries primàries i l'assistència psicològica;
- d. lliurar als demandants d'asil prestacions socials apropiades per permetre'ls viure en dignitat;
- e. dispensar als infants dels demandants d'asil una educació fins al nivell de l'ensenyament secundari inclòs;
- f. donar als demandants d'asil possibilitats majors de treballar;
- g. evitar, en general, posar en funcionament procediments d'asil en formes que poden comprometre la salut física i mental dels demandants d'asil i de la seva família¹⁸⁰.

501. EL CONTINGUT ECONÒMIC I SOCIAL DRET DE NO PATIR TRACTAMENT INHUMANS O DEGRADANTS DE L'ARTICLE 3 DEL CONVENI EUROPEU. Com és sabut, el Conveni europeu de drets humans fet a Roma el 1950 no contempla expressament drets econòmics i socials¹⁸¹. Malgrat això, és possible entendre que la noció de *tractament degradant* de l'article 3 atansa el gaudi per part de les persones sotmeses a la jurisdicció d'un dels estats parts d'unes condicions de vida o del gaudi d'uns drets econòmics i socials que assegurin que no patiran un tractament d'aquest tipus. Si d'acord amb el fonament últim dels drets humans, que és la dignitat humana, s'acceptés aquesta interpretació del dret (d'altra banda, absolut) recollit a l'article 3, llavors també els demandants d'asil serien beneficiaris d'aquest tractament mínim.

Com es posarà de manifest més endavant, en l'estudi de les implicacions procedimentals de l'article 3 del Conveni¹⁸², des d'un punt de vista conceptual no és problema fer derivar d'aquesta disposició obligacions positives dels estats. En la qüestió que ara és objecte d'anàlisi, l'escull que ni la Comissió ni el Tribunal europeu de drets humans han travessat *efectivament* és el de la superació de la distinció entre els drets civils i polítics que empara el Conveni europeu amb un sistema jurisdiccional de garantia propi, i els drets econòmics i socials, que es preveuen en altres instruments del

¹⁸⁰ *Ibidem*, § a-g.

¹⁸¹ Pel que fa aquesta mancança, des del punt de vista de la construcció d'una *democràcia social* i no només política, Peter Leuprecht, "General Course Human Rights in the New Europe", *Collected Courses of the Academy of European Law*, vol. V, llibre 2, 1994 (1997), pàgs. 184-186.

¹⁸² *Infra* Capítol XII B 2 c) §529.

Consell d'Europa com la Carta Social europea amb un nivell de garanties netament inferior.

La qüestió de si les persones, en virtut del dret que les empara de no patir tractaments degradants, tenen per això mateix el dret de no ser privats de o el dret de gaudir de determinats beneficis bàsics per a unes condicions de vida dignes es va plantejar davant de la Comissió de drets humans en l'afer *Francine van Volsem contra Bèlgica*. La demanda finalment va ser declarada inadmissible per unanimitat per part d'un dels Comitès de tres membres de la pròpia institució creats per alleugerir la càrrega de treball de la Comissió en cas d'incompetència palesa, que no era el cas¹⁸³. Francine van Volsem era una persona divorciada, amb tres fills a càrrec (el més petit nascut el 1988 de la seva filla adolescent), depressiva, i amb problemes respiratoris crònics que no havia arribat a tenir una feina estable. Vivia dels diners que li lliurava el seu ex marit i de la protecció social que l'estat belga proporcionava a través del CPAS (*Centre Public d'Aide Sociale*). Amb l'ajut d'aquest darrer va obtenir allotjament en un bloc de pisos públic mig buit on, per deficiències en la construcció, la despesa en energia elèctrica per la calefacció era molt alta. Tota la font d'energia de l'edifici era elèctrica i estava prohibit utilitzar-ne d'altra tipus. Va arribar un moment que Van Volsem no va poder pagar les factures de la companyia elèctrica, totalment desproporcionades respecte dels seus ingressos. El CPAS no va fer cas de les demandes d'ajut econòmic de l'afectada ni d'intercessió amb la companyia elèctrica, d'altra banda, pública. Tot just abans de l'hivern, el 9 de desembre de 1983, la companyia elèctrica va tallar el subministrament elèctric. Després de diferents procediments judicials en què l'afectada va aportar proves mèdiques de què problemes respiratoris del seu fill gran feien necessari que gaudís d'un nivell mínim de calefacció, de la devolució del subministrament per curts períodes, del refús exprés del CPAS de fer-se càrrec de la situació, i de l'acord amb una entitat bancària, Van Volsem va aconseguir el restabliment de la provisió elèctrica, malgrat que d'intensitat baixa, el 15 de setembre de 1988.

En la demanda presentada davant de la Comissió europea s'argumentava que l'empresa subministradora d'energia elèctrica era una *intercomunale mixte* formada per subjectes de dret públic i de dret privat que proporcionava un servei públic, i que les mesures de restricció i tall de subministrament eren, en definitiva, mesures de les que l'estat belga era responsable. Pel que feia al fons de la qüestió, es defensava que, en les circumstàncies de la demandant, l'aturada de subministrament en èpoques de l'any amb temperatures molt baixes i la seva substitució per una baixa intensitat comportaven tractament inhumà i degradant en el sentit de l'article 3 del Conveni. Com a argument de fons, es defensava que si l'article 3 comporta el dret de no ser sotmès a tractaments inhumans o degradants, això ha de significar el dret de gaudir els bens *indispensables*

¹⁸³ CossEDH, decisió de 9 de maig de 1990, afer *Francine van Volsem c. Belgique*, núm. 14641/89; RUDH, vol. 2, núm. 10, 1990, pàgs. 384-385.

per assegurar la dignitat humana.

La situació de fet era especialment apta per a que la Comissió decidís fer un informe respecte del fons de la demanda i, eventualment, acarar directament la qüestió de si, en determinades circumstàncies, el gaudi de drets econòmics i socials és indispensable per a la dignitat de la persona i, en la mesura d'això, el manquement d'aquest gaudi comporta tractament degradant. Les circumstàncies especials del cas eren, concretament, que:

- a. la situació econòmico-social de la família Van Volsem i l'estat de salut d'alguns dels seus membres feien indispensable el gaudi de subministrament elèctric per beneficiar de calefacció i aigua calent per a unes condicions de vida dignes; i que
- b. l'estat belga estava directament o indirecta en disposició de proporcionar aquest bé bàsic de subsistència: perquè l'empresa de subministrament era en gran mesura pública; perquè l'actitud del CPAS (entitat pública) va ser negligent; i perquè l'article 1 del Conveni Europeu estableix que les parts contractants *reconeixen* a les persones que es troben sota la seva jurisdicció els drets i llibertats d'aquest Conveni, la qual cosa és un fonament d'obligacions positives a càrrec dels estats parts.

Les qüestions que calia determinar eren: En primer lloc si, com a mínim, aquestes obligacions positives atansen tota o una part de l'esfera de servei públic essencial, almenys, en el cas dels serveis que es presten efectivament (no en el cas de nous serveis reclamats) i en els que hi una relació directa estat/individu (és a dir, en aquells casos en què, en la configuració de les relacions econòmiques i socials concretes del país en qüestió, és l'estat el responsable directe de la prestació del servei). I, en segon lloc, si el concepte de tractament degradant podia abastar el manquement de drets econòmics i socials essencials per a una vida digna en un context social i de benestar determinat.

El Comitè de tres membres de la Comissió que va resoldre el cas ho va fer en base a considerar que l'aturada en el subministrament d'electricitat o l'amenaça de fer-ho no atansaven el nivell d'humiliació o enviliment suficient per ser considerat tractament inhumà o degradant. Tot i reconèixer que una qüestió clau que plantejava el cas era determinar si podrien imputar-se a l'estat belga els fets si aquests fossin causants d'una violació de l'article 3, es va descartar avançar cap resposta en vistes de que de tota manera el cas havia de ser declarat inadmissible.

Malgrat la brevetat i l'escassa motivació de la decisió de la Comissió decretant la inadmissibilitat de la demanda, una lectura positiva és possible. La va fer Antonio Cassese en considerar que resulta de la decisió que

el Comitè no descarta la possibilitat d'aplicar l'article 3 a un cas on les condicions socials i econòmiques i no el mal comportament de les autoritats públiques que afecta l'àmbit dels drets civils eren en joc. En altres paraules, el Comitè no va deixar de banda sense pensar la controvèrsia sobre si l'article 3 també descarta qualsevol tractament socioeconòmic de persones que sigui tant

*humiliant com per suposar tractament inhumà*¹⁸⁴.

Que a nivell de principi no es descarta que les condicions socioeconòmiques puguin atansar el llindar de gravetat requerit per entrar dins de l'àmbit d'aplicació de l'article 3 va ser confirmat pel Tribunal europeu de drets humans en el cas *Pancenko contra Letònia* de 1999. En ell el TEDH va establir en primer lloc que

*el Conveni no garanteix, com a tals, drets socioeconòmics, incloent en dret a un habitatge gratuït, el dret al treball, el dret a l'assistència mèdica gratuïta, o el dret a demanar assistència financera de l'estat per mantenir un cert nivell de vida*¹⁸⁵.

Però també va disposar que sobre la base de les al·legacions del demandant, les seves condicions de vida actuals no arribaven a tenir el *nivell mínim de gravetat* per tal d'atansar tractament contrari a l'article 3, tot recordant la seva jurisprudència en el cas *Irlanda contra el Regne Unit*¹⁸⁶. Per a Juan Antonio Carrillo Salcedo, la jurisprudència de la Comissió i del Tribunal europeu de drets humans han fet *saltar per l'aire el mite de què el sistema del Conveni únicament protegeix drets individuals civils i polítics*¹⁸⁷ però, a efectes pràctics, a aquesta doctrina jurisprudencial té encara un abast molt reduït pel que fa a les persones vulnerables i excloses per raons econòmiques i socials. Decisions com l'emesa en el cas *Van Volsem* expressen que la pobresa no és encara, en el sistema de garantia del Conveni europeu de drets humans, una situació de vulnerabilitat suficient per qualificar la persona respecte del patiment d'una situació constitutiva de tractaments degradants. En aquest sentit, com expressava Frédéric Sudre, *l'exclusió jurídica s'afegeix a l'exclusió econòmica i social*¹⁸⁸.

502. EL DRET A LA INTEGRITAT PERSONAL DE L'ARTICLE 8 COM A FONAMENT DEL DRET A UNA VIDA DIGNE MENTRE S'ESTÀ EN SITUACIÓ D'ASIL PROVISIONAL O DE FACTO. Posteriorment al plantejament d'aquest cas, el Tribunal europeu de drets humans ha ampliat en diversos àmbits l'abast de la protecció que proporciona l'article 3, és a dir que ha abaixat el llindar d'allò que és tolerable des de la perspectiva de la dignitat humana¹⁸⁹. No s'ha

¹⁸⁴ Antonio Cassese, "Can the Notion of Inhuman and Degrading Treatment be applied to Socio-Economic Conditions?", *loc. cit.*, pàg. 143.

¹⁸⁵ TEDH, decisió de 28 d'octubre de 1999, afer *Pancenko v. Latvia*, núm. 40772/98, §2.2.

¹⁸⁶ *Ibidem*, §2.3.

¹⁸⁷ Juan Antonio Carrillo Salcedo, "La protección de derechos humanos en el Consejo de Europa: hacia la superación de la dualidad entre derechos civiles y políticos y derechos económicos y sociales", *RIE*, vol. 18, núm. 2, 1991, pàg. 449.

¹⁸⁸ Frédéric Sudre, "La première décision «quart-monde» de la Commission européenne des droits de l'homme: Une «bavure» dans une jurisprudence dynamique", *RUDH*, vol. 2, núm. 10, 1990, pàg. 349.

¹⁸⁹ Per exemple, TEDH, sentència de 29 d'abril de 2002, afer *Pretty v. the United Kingdom*, núm. 2346/02, §52: *As regards the types of "treatment" which fall within the scope of Article 3 of the Convention, the Court's case-law refers to "ill-treatment" that attains a minimum level of severity and involves actual bodily injury or intense physical or mental suffering (...). Where treatment humiliates or debases an individual, showing a lack of respect for, or diminishing, his or her human dignity, or arouses feelings of fear, anguish or inferiority capable of breaking an individual's moral and physical resistance, it may be characterised as degrading and also fall within the prohibition of Article 3 (...). The suffering which flows from naturally occurring illness, physical or mental, may be covered by Article 3, where it is,*

arribat a resoldre, malgrat tot, cap cas que tant clarament plantegés l'artificialitat dels límits entre els drets polítics i civils, i socials i econòmics, com el cas Van Volsem, independentment de situacions com la detenció de la suposada víctima. No pot descartar-se però que, si com s'ha vist anteriorment, un dels fonaments de la reducció de l'exigència de gravetat dels maltractaments en situacions com la privació de llibertat és l'especial vulnerabilitat de les persones detingudes, l'apreciació de vulnerabilitat pugui també abastar altres situacions de fet o un cúmul de circumstàncies que afecten una persona en un moment determinat (com les circumstàncies personals, socials, econòmiques, d'exclusió, de salut, etc.) en el context d'un país en concret (tenint en compte el nivell de desenvolupament i de benestar del conjunt de la població). De fet, com s'ha vist anteriorment, els tribunals britànics ja han aplicat aquesta accepció de maltractaments en un cas de flagrant manca de protecció dels drets econòmics i socials de supervivència digne de demandants d'asil, on es considerava la qüestió des de la perspectiva de l'article 3 del Conveni europeu¹⁹⁰.

En el marc d'un altre procediment davant de la Comissió de drets humans, *B.B. contra França*, el comissari Ireneu Cabral Barreto va evocar la qüestió dels drets socials en un cas relatiu a un demandant d'asil respecte del que la Comissió havia conclòs que, malgrat l'asil havia estat refusat, tenint en compte la vulnerabilitat del demandant causada pel seu estat de salut (SIDA), el seu retorn al Congo (RD) comportaria la violació de l'article 3 del Conveni europeu¹⁹¹. En aquest afer, Cabral Barreto va considerar que no només constituïa violació de l'article 3 el retorn del demandant, sinó que també calia evitar la violació d'aquest mateix article pel fet de l'asil *de facto* però no reconegut a França a que donava lloc l'informe de la Comissió, si no s'exigia de les autoritats la regularització de la residència. D'acord amb la seva opinió,

*un estranger greument malalt, que resideix en un país en una espècie de clandestinitat sense poder beneficiar plenament i de dret del règim de la protecció social, es troba en una situació que no és conforme a les exigències de l'article 3 del Conveni*¹⁹².

Ireneu Cabral Barreto va canviar el fonament de la mateixa reclamació en l'afer *HLR. contra França*. Per a aquest membre de la Comissió, si es conclou que l'allunyament d'un estranger o d'un demandant d'asil és contrari a l'article 3 del Conveni europeu pel risc de patir maltractaments en el lloc de destí, cal no només que no es procedeixi a l'execució d'aquest allunyament, sinó també preservar els drets de la persona en l'estat en què es queda. És necessari, en aquest sentit, anular l'eventual ordre d'allunyament, concedir algun tipus de permís de residència o estada i conferir a la

or risks being, exacerbated by treatment, whether flowing from conditions of detention, expulsion or other measures, for which the authorities can be held responsible.

¹⁹⁰ *Supra* XI.B.1 §481.

¹⁹¹ CcssEDH, informe de 9 de març de 1998, *B.B. c. France*, núm. 30930/96, §56-57.

¹⁹² *Ibidem*, *Opinion Séparée de I. Cabral Barreto*, §7.

persona uns drets socials mínims, com el dret d'accedir als sistemes de seguretat social i a una ocupació. La qüestió és lluny de ser purament teòrica, com va demostrar el cas de Sharif Hussein Ahmed, nacional somali respecte de qui el Tribunal europeu va considerar que el retorn al país d'origen podia sotmetre'l a tractaments contraris a l'article 3¹⁹³ però que no per això va poder evitar un estat d'aïllament i d'indigència que el va dur a suïcidar-se pocs mesos després, en no haver pogut beneficiar-se durant anys de l'acollida econòmica i social lligada a l'estatut de refugiat que se li havia retirat¹⁹⁴.

En el cas *HLR. contra França Cabral Barreto* va defensar en una opinió annexa a l'informe de la Comissió que el dret a la *vida privada* previst a l'article 8 del Conveni europeu comportava una preservació de la integritat personal que podia quedar manllevada per tractaments o situacions a la que fos sotmesa una persona que no atansessin el llinard de gravetat dels tractaments inhumans o degradants de l'article 3. Per això,

Estimo per part meua que un estranger, que resideix en un país sense poder-hi accedir al mercat de treball i beneficiar del règim de la protecció social, es troba en una situació que no és conforme a les exigències de l'article 8 del Conveni.

Estic íntimament convençut que la sentència d'expulsió constitueix una ingerència continuada en l'exercici del dret del demandant al respecte de la seva vida privada en el sentit de l'article 8§1 del Conveni¹⁹⁵.

El Tribunal europeu de drets humans, encara que no ha fet el pas de demanar dels estats que concedeixin un estatut formal de protecció territorial als demandants d'asil que no poden ser allunyats del país¹⁹⁶, sí que ha desenvolupat en una jurisprudència consolidada el concepte de dignitat humana en base a la protecció dels article 3 i 8¹⁹⁷ que podria fer que en el futur es reconsiderés la seva doctrina, com ha apuntat algun autor¹⁹⁸. Si això fos així, es limitaria considerablement la discrecionalitat dels estats a l'hora de denegar drets econòmics i socials als refugiats que resten en el país per motius derivats dels drets del Conveni, especialment per la protecció de la seva vida privada

¹⁹³ TEDH, sentència de 17 de desembre de 1996, afer *Ahmed v. Austria*, núm. 25964/94, §44-47.

¹⁹⁴ Nuala Mole, *Le droit d'asile et la Convention européenne des droits de l'homme*, Estrasburg: Editions du Conseil de l'Europe, Dossier sur les droits de l'homme, n° 9 (révisé), 2000, pàg. 57.

¹⁹⁵ CjsEDH, informe de 7 de desembre de 1995, afer *H.L.R. c. France*, núm. 24573/94. *Opinion Séparée de I. Cabral Barreto*. Aquest argument també va ser desenvolupat a Ireneu Cabral Barreto, "Le statut des réfugiés dans les pays où ils cherchent asile", 2^e *Colloque sur la protection des Droits de l'Homme et la protection des réfugiés, de demandeurs d'asile et des personnes déplacées*, Strasburg, 19-20 mai 2000. Actes, Estrasburg: Éditions du Conseil de l'Europe, 2001, pàg. 79-80.

¹⁹⁶ TEDH, decisió de 24 d'agost de 1999, afer *Eleanora Alimzhanova and Alexis Lisikov v. Sweden*, núm. 38821/97, §(En Dret).

¹⁹⁷ En una sentència de gener de 2006 el TEDH va establir que la ingerència en la vida privada d'una persona provenia de *la situació precària i d'incertesa que la demandant ha patit durant un llarg període de temps* (14 anys) referint-se al fet que no se li havia lliurat un permís de residència. El cas es referia però a una ciutadana comunitària que hi tenia un dret d'acord amb el Dret comunitari; TEDH, sentència de 17 de gener de 2006, afer *Aristimuño Mendizábal c. France*, núm. 514331/99, §70.

¹⁹⁸ Hélène Lambert, "The European Convention on Human Rights and the Protection of Refugees: Limits and Opportunities", *RSQ*, vol. 24, núm. 2, 2005, pàgs. 50-51.

entesa com a *identitat personal* o com a *aptitud per funcionar socialment com a persona*¹⁹⁹.

503. La situació vital en què es troben alguns demandants d'asil i refugiats *de facto* en estats suposadament *d'acollida*, en què són discriminats o en què les restriccions a què són sotmesos els impedeix tenir una existència normal, pot dur a un nivell tal d'aïllament, incertesa, frustració i angoixa constitutiu de tractament degradant. Els estats acostumen a aplicar mesures desavantatjoses als demandants d'asil, i fins i tot als refugiats i beneficiaris de protecció subsidiària o temporal, com a part d'una estratègia de desincentivació de l'arribada o de la permanència en el territori que castiga la fugida del lloc d'origen, sense tenir en compte que moltes vegades els demandants d'asil que arriben al país no coneixen els detalls dels mecanismes de protecció i no han tingut cap oportunitat de triar el lloc de destí²⁰⁰. Els efectes psicològics d'un estatut que, si bé permet sobreviure, no permet mantenir una existència digne, perquè aïlla, discrimina, i no permet una integració mínima en la societat d'acollida, poden ser altament greus i degradants, sobretot si perdura, tenint en compte, a més, que s'aplica en persones que han sofert traumes, tortures, o que presenten quadres d'estrès postraumàtic i que, per això, són especialment vulnerables²⁰¹.

Des de la perspectiva del fonament últim de la protecció dels drets humans, la reivindicació de la dignitat humana²⁰², no hi ha raons vàlides per defensar que la vulnerabilitat de les persones sotmeses a una mesura de privació de llibertat és major que la dels demandants d'asil privats de bens bàsics per a una subsistència digna, dins dels barrots d'una presó social virtual²⁰³. En tots dos casos, hom està a mercè de les autoritats d'un estat, responsable del gaudi dels drets del Conveni per part de tothom que està sota la seva jurisdicció d'acord amb l'article 1.

Aquesta perspectiva, d'altra banda, comporta avançar en un canvi que ja s'està

¹⁹⁹ *Ibidem*.

²⁰⁰ Alguns estudis han posat de manifest que és falsa l'argumentació que donen els estats per fer devaluacions competitives de les condicions d'asil, i que, en general, els demandants d'asil no tenen alternativa ni opció de tria respecte del seu destí. En aquest sentit, per exemple, Kate Day, Paul White, "Choice or circumstance: The UK as the location of asylum applications by Bosnian and Somali refugees", *GeoJournal*, vol. 55, 2001, pàgs. 15-26.

²⁰¹ Sobre el cas d'Austràlia, i les greus conseqüències sobre la salut psíquica de les condicions en què els refugiats australians que han arribat il·legalment en el país *gaudeixen* de *Temporary Protection Visas* (TPV), Don McMaster, "Temporary Protection Visas: Obstructing refugee livelihoods", *RSQ*, vol. 25, núm. 2, 2006, pàgs. 135-145.

²⁰² Com expressava Giuseppe Sperduti *ens ha tocat viure l'era de la reivindicació de la dignitat humana*; Giuseppe Sperduti, "La Souveraineté, le droit international et la sauvegarde des droits de la personne", Yoram Dinstein, Mala Tabory (eds.), *International Law at a Time of Perplexity. Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, Dordrecht, Boston, Londres: Martinus Nijhoff Publishers, 1989, pàg. 881.

²⁰³ En aquest sentit, Oscar Schachter considerava ja l'any 1983 que *Few will dispute that a person in abject condition, deprived of adequate means of subsistence, or denied the opportunity to work, suffers a profound affront to his sense of dignity and intrinsic worth*. Oscar Schachter, "Human Dignity as a Normative Concept", *AJIL*, vol. 77, núm. 4, 1983, pàg. 851.

produint en la *conceptualització dels drets humans en Dret internacional en un marc holístic de drets que emfasitza la universalitat, interdependència, "indivisibilitat" i justiciabilitat dels drets humans civils, polítics, econòmics i culturals*²⁰⁴. No es tracta de travessar el límit del consentiment dels estats en obligar-se d'acord amb uns o altres mitjans de garantia dels drets que subscriuen, sinó d'assumir que en alguns àmbits, aquesta frontera ja ha estat difuminada per la concepció imperant d'allò que és tolerable d'acord amb una concepció cada cop més àmplia de la dignitat humana, en primer lloc, en contextos jurídics determinats. Arribar a una interpretació dels compromisos adquirits coherent amb la qualitat jurídica que es dóna a cada moment als drets (absoluts/relatius; convencionals/consuetudinaris; imperatius/disponibles; etc.) és un primer pas cap a una veritable globalització dels drets humans.

²⁰⁴ Ernst-Ulrich Petersmann, "On 'Indivisibility' of Human Rights", *EJIL*, vol. 14, núm. 2, 2003, pàg. 381.

Drets socials	Drets bàsics de subsistència		Dret d'assistència mèdica	Dret a l'ensenyament	Dret de treballar
	Allogjament	Aliment Ajut financer Vestit			
Condicions d'acollida					
Alemanya	En pº obligatori en centres públics	a. primers 36 mesos: en espècie o val + 41 €/mes [2005] b. després: ajut social = que nacionals	Primers 36 mesos només urgències o malalties greus, després, sí.	No obligatori. Dret del demandant segons Land	No durant 3 primers mesos
Bèlgica	Obligatori en allotjaments públics del Centre Public d'Aide Sociale CPAS	a. allotjats en centres: en espècie b. refugiat rec. no allotjats en centres i sense recursos: "revenue d'intégration" -613,33 €/persona [2005]	si	Gratuit per a infants	No durant procediment d'admissibilitat
Espanya	No obligatori en centres públics: Centres de Acogida Temporal i Centres de Acogida a Refugiados CAR. 9 mesos màx. persones soles / 12 mesos màx. famílies	a. allotjats en centres públics: 46€/mes/títular, 79,56€/mes/parella b. vestit: 165,24€ temporada/persona c. altres: per fill nascut 165€, mat. escolar 132€/curs, altres segons cost. e. en sortir del centre: 1 mes de salari mín. Interprof. (família SMI x 2) d. opcional: subvenció lloguer dipòsit + mensualitat [2006]	-Examen mèdic obligatori en arribar -Assistència en Hospitals de la Creu Roja	-Dret a l'ensenyament fins 18 anys -Obligatori i gratuït 3-16 anys	No durant 6 primers mesos
França	No obligatori en centres: Centres d'Acollida per a Demanants d'Asil i Centres d'Allogjament Provisional CPH. Gestionats per France Terre d'Asile	1. Pagament únic en ser admesos: 303 € [fins 1-1-2004] 2. a. no allotjats en centres: subvenció d'inscripció 295€/mes [2005] (màx. 12 mesos) [2006; allocation temporaire d'attente 280€/mes condicionada a acceptació allotjament en CADA] b. allotjats: a) pats en el centre: 91,47€/mes [2002] ii) l'apat en el centre: 154,5€/mes [2002] iii) cap apart: 201,99€/mes [2002]	-Examen mèdic obligatori -Accés al servei mèdic gratuït un cop admesos en el territori	Obligatori 3-16 anys	En pº No
Itàlia	No obligatori en centres: Centri di Permanenza temporanea e assistenza (Cpita). A Romà. 4 mesos màx. persones soles / 9 mesos màx. famílies	a. allotjats en centres: en espècie b. no allotjats en centres: 17,56 €/dia (màx. 45 dies= 490,20€) [2005] c. acollida per part de les entitats locals amb finançament del Fondo Nazionale per la politiche e i servizi dell'asilo (17,9 milions d'€) [2006]	Accés al servei mèdic nacional, gratuït, si necessari	Obligatori infants	No durant 6 primers mesos
Regne Unit	No obligatori, previst en cas de manca de recursos. National Asylum Support NASS	1. cupons intercambiables per aliments i altres en supermercats i botigues locals, en quantitat menor si allotjament en centres 2. màxim 10€/persona/setmana [2002]	Si, en condicions similars a nacionals	Obligatori i gratuït infants 5-16 anys	No
ACNUR	Si, en cas de necessitat, durant tot el procés, en espècie o donant accés als sistemes nacionals de protecció social		-Atenció mèdica bàsica gratuïta en cas de necessitat -Examen mèdic, en tot cas, confidencial, sense obligatorietat test SIDA	-Ensenyament primari: accessible, obligatori i gratuït -Ensenyament secundari: accessible.	Si quan el procediment dura un cert temps, o quan és necessari per a unes condicions de vida decentes
Directiva 2003/9/CE	Es garantirà nivell de vida adequat, que permeti subsistir. Els estats podran concedir totes o algunes condicions d'acollida si demandants d'asil no tenen mitjans suficients -Prestacions inherents a condicions d'acollida: en espècie, assignacions financeres o valors o ambdós. -Allogjament en espècie: locals públics, vivenda privada, hotels, etc. O centres d'acollida que garanteixin nivell de vida adequat. Excepcionalment, condicions diferents si pex. condicions materials no disponibles en un àrea geogràfica determinada, allotjament indisponible, o detenció en frontera.		-Es pot exigir un reconeixement mèdic per raó de salut pública -Atenció sanitària mínima (urgències i tractaments bàsics), sense gratuït si el demandant té recursos suficients	-Accés al sistema educatiu de menors en condicions similars als nacionals. -Ajustable fins a 3 mesos	-Ajustable durant 1 any, després es fixaran condicions de l'ocupació -Es pot fixar prioritat per a treballadors UE, EEE, i de tercers països amb residència "legal"



CAPÍTOL XII LES GARANTIES QUE REGEIXEN ELS PROCEDIMENTS I LES DECISIONS RELATIVES A L'ESTATUT JURÍDIC DELS DEMANDANTS D'ASIL

504. ELS CONDICIONAMENTS MÍNIMS DE LA CONVENCIÓ DE GINEBRA DE 1951: EL DRET D'ACCEDIR A UN PROCEDIMENT D'ASIL. La Convenció de Ginebra de 1951 i el Protocol de Nova York de 1967 defineixen els refugiats i estableixen alguns drets i beneficis per a ells, però no regulen la qüestió del procediment per establir qui és refugiat. És, doncs, competència residual dels estats preveure i aplicar els procediments que considerin més adequats per complir amb les obligacions que es deriven d'aquest instrument i d'altres compromisos de dret internacional. Els estats, però, com a mínim, han de respectar i fer que es respectin en els procediments que apliquen el principi de *non-refoulement*, i els drets fonamentals reconeguts pel Dret internacional dels drets humans.

Un altre element que resulta implícitament de la Convenció de Ginebra de 1951 és que, en relació als estats parts, els demandants d'asil tenen dret d'accedir a un procediment que, com a mínim, pugui establir si la persona té o no la qualitat de refugiat. D'altres instruments i normes de drets humans es deriva també el dret dels demandants d'asil d'accedir a un procediment que determini el dret de quedar-se o d'entrar formalment en el territori i, per tant, d'obtenir alguna forma d'asil tant si es deriva de la condició de refugiat, com de l'anomenada protecció subsidiària, com de dret de no ser expulsats si es troben en determinades circumstàncies¹. D'altra banda, de l'article 16 de la Convenció de Ginebra resulta que els refugiats tindran lliure accés als tribunals de justícia en les mateixes condicions que els nacionals, dret que s'aplicarà quan estiguin en joc bé la determinació de l'estatut de refugiat de la persona, bé el principi de *non-refoulement*, cosa que inclou el dret de rebre assistència jurídica i lingüística i de demanar mesures provisionals².

Aquest dret d'accedir a un procediment d'asil per al reconeixement de la condició de refugiat, per a la concessió de protecció territorial i/o per a la protecció del dret de no ser allunyat d'un país es troba en perill per les pràctiques abusives d'alguns estats que consisteixen en l'allunyament immediat de persones que han arribat a estar sota la jurisdicció d'estats europeus. El principal problema quan s'esdevenen aquests fet és la seva invisibilitat, ja no acostumen a sortir a la llum pública i les persones afectades simplement *desapareixen*. Aquest fenomen es produeix, per exemple, a les costes

¹ *Infra* Capítol XV.B.

² Pieter Boeles, "Effective legal remedies for asylum seekers according to the Convention of Geneva 1951", *NILR*, vol. XLIII, núm. 3, 1996, pàgs. 303 i 315.

espanyoles en què a vegades s'han produït expulsions col·lectives³ i individuals de persones entre les quals es trobaven demandants d'asil que no han tingut accés a un procediment efectiu per fer valer els seus drets. Alguns d'aquests esdeveniments han estat denunciats per un informe del comissari de drets humans del Consell d'Europa de finals de 2005 que planteja, a més dels incompliments de les regles de dret aplicables i dels drets que les persones tenen en virtut del dret internacional i europeu, deficiències normatives relatives al procediment⁴. A Espanya, el Reglament que desenvolupa la Llei orgànica sobre drets i llibertats dels estrangers estableix que *no serà necessari un expedient d'expulsió* per a la devolució de persones interceptades a la frontera o en els seus voltants⁵. Per a Àlvaro Gil-Robles, autor de l'informe del Consell d'Europa, *l'aplicació estricta d'aquest precepte, sense cap matís, podria donar lloc a situacions injustes, en violació del principi de «non-refoulement»*⁶.

505. LA SITUACIÓ GENERAL DELS PROCEDIMENTS D'ASIL EN ELS ESTATS MEMBRES DE LA UNIÓ EUROPEA⁷. En els darrers anys els estats europeus han projectat els objectius de política migratòria en els procediments d'entrada o admissió preferents, com ho és el procediment d'asil, limitant les garanties formals dels demandants en base a la presumpció que es produeix un *abús de procediment* que ha de ser contrarestat. Els estrangers en general i, particularment, els demandants d'asil s'enfronten a procediments *transformats en procediments d'excepció, construïts de manera preventiva i justificada per la presumpció subjacent del frau*⁸.

L'ACNUR ha expressat en diverses ocasions la seva preocupació per l'aplicació de pràctiques administratives i la introducció de modificacions normatives *per tal de restringir l'accés als procediments complerts per determinar la condició de refugiat* com, per exemple, la denegació del dret d'accedir als procediments d'asil als demandants indocumentats, la imposició de terminis *poc raonables* per presentar les sol·licituds d'asil, o la devolució immediata en funció de criteris com el del *tercer país segur*⁹.

En general, els estats membres que preveuen algun tipus d'asil complementari de l'estatut de refugiat preveuen procediments que permeten reconèixer a les mateixes

³ *Supra* Capítol VII §263.

⁴ *Rapport de M. Alvaro Gil-Robles, Commissaire aux Droits de l'Homme, sur sa visite en Espagne 10-19 mars 2005 à l'attention du Comité des Ministres et de l'Assemblée parlementaire, CommDH(2005)8, Strasbourg, 9 de novembre de 2005, §123-136.*

⁵ Article 157§1 del Reglament de la Llei orgànica 4/2000, RD 2393/2004.

⁶ *Rapport de M. Alvaro Gil-Robles, loc. cit.*, §132.

⁷ *Vid. Infra* quadre *Drets de procediment*, al final del Capítol.

⁸ Sylvie Sarolea, "Les droits procéduraux du demandeur d'asile au sens des articles 6 et 13 de la Convention Européenne des droits de l'homme", *RTDH*, vol. 37, 1999, pàg. 119.

⁹ ExCOM ACNUR (49^e període de sessions), *Nota sobre protecció internacional*, A/AC.96/898, 3 de juliol de 1998, §16.

autoritats en el mateix procediment l'estatut de refugiat i concedir asil en virtut d'aquest estatut, o en virtut de l'anomenada protecció subsidiària¹⁰. Alguns estats, com és el cas de França o Itàlia, com s'ha vist en el capítol X, fins i tot han procedit a unificar la competència de les autoritats per concedir asil en funció dels diferents criteris que la normativa interna prevegi. Malgrat això, com que els estats tenen sistemes molt diversos pels quals atorguen protecció o asil a persones que no reuneixen els requisits per ser considerades refugiats, a vegades, la decisió de no allunyament (per la qual s'obté un asil *de facto* o no formalitzat) pot correspondre a una autoritat diferent de la prevista per al reconeixement de refugi o la concessió d'asil¹¹.

506. La darrera de les normes aprovades d'acord amb el procediment previst per a l'adopció de normes sobre asil en la primera etapa de la realització de l'*Espai de Llibertat, Seguretat i Justícia* a la Unió Europea és la Directiva 2005/85/CE del Consell sobre normes mínimes per als procediments que ha d'aplicar els estats membres per concedir o retirar la condició de refugiat. Igual que passa amb les normes mínimes sobre les condicions d'acollida dels demandants d'asil en els estat membres de la Unió, també aprovades per unanimitat dels estats membres sense una participació en codecisió del Parlament Europeu, les normes mínimes sobre procediments no garanteixen un nivell similar de garanties en els estats membres.

En virtut de la Directiva, els demandants d'asil no gaudiran en tots els estats membres d'unes mateixes garanties bàsiques de caràcter procedimental que assegurin un nivell equivalent de protecció dels seus drets i una oportunitat equivalent de ser reconegut com a refugiat, d'obtenir asil o de tenir un asil provisional de similar durada (A). Les garanties mínimes relatives als procediments d'examen de les demandes de protecció dels demandants d'asil de la Directiva tampoc garanteixen que aquests tindran, en totes les circumstàncies, un *procés judicial just* per a que es determini l'abast dels seus drets. La directiva de procediments, d'altra banda, es situa, quant a nivell de garanties, clarament per sota dels estàndards de l'ACNUR i de les obligacions que es

¹⁰ Daphné Bouteillet-Paquet, "Protection Subsidaire: Progrès ou recul du droit d'asile en Europe? Une analyse critique de la législation des états membres de l'Union Européenne", 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, pàgs. 188-191.

¹¹ Aquesta situació difícilment desapareixerà amb la transposició de la *Directiva 2004/83/CE del Consejo de 29 de abril de 2004 por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida*, DOUE de 30.9.2004, N° L 304/12-23, el termini màxim per a la qual està previst per al 10 d'octubre de 2006. A la llarga és d'esperar que es produirà una certa aproximació de les normatives dels estats, al menys, pel que fa a l'establiment d'un estatut formalitzat de protecció subsidiària per als supòsits per als quals està previst a la Directiva, però els estats podran seguir mantenint disposicions més favorables i podran seguir produint-se situacions d'asil *de facto* per causa de no allunyament. D'altra banda, la Directiva 2005/85/CE no obliga els estats a preveure un únic procediment per al reconeixement de la condició de refugiat i la concessió d'asil o protecció subsidiària.

deriven per als estats membres del Conveni Europeu de drets humans i del seu sistema de garantia (B).

A. LES GARANTIES DE PROCEDIMENT DELS DEMANDANTS D'ASIL RESPECTE DE LA TRAMITACIÓ DE LA DEMANDA D'ASIL EN LA UNIÓ EUROPEA

1. Els principis i les garanties fonamentals dels procediments d'acord amb la Directiva 2005/85/CE

507. PRINCIPIS I GARANTIES FONAMENTALS MÍNIMES DELS PROCEDIMENTS D'ASIL. La reducció de l'estatut jurídic dels demandants d'asil quant a l'acollida està directament vinculada a la simplificació procedimental dels sistemes d'asil. Els procediments accelerats, simplificats, i la reducció de les oportunitats d'apel·lació i de mantenir-se en el territori mentre dura el control judicial de les decisions governatives recolzen l'objectiu de restringir l'accés als sistemes socials dels estats per part dels demandants d'asil. Aquestes restriccions en els procediments aplicats quan un demandant presenta la seva petició de ser protegit poden afectar greument el dret d'accedir a un procediment de determinació de l'estatut de refugiat i/o per a la concessió d'asil, que els demandants tenen un cop són sota l'autoritat d'un estat estranger.

Com s'ha vist en el Capítol X, 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* preveu regles bàsiques per al desenvolupament d'un procediment d'examen en primera instància, que pot ser accelerat, supòsits de *no examen* de les demandes d'asil (quan s'aplica el sistema de Dublín i l'estat que rep la demanda no n'és responsable, i quan el demandant prové d'un *tercer país segur europeu*), supòsits de demandes inadmissibles i una previsió per als estats que decideixin aplicar o mantenir procediments fronterers. La problemàtica que aquests representen respecte de l'entrada en el territori i el benefici d'un asil provisional en els estats s'ha desenvolupat en el capítol desè, així com també els drets i garanties *supermínims* que els demandants d'asil han de gaudir en ells.

En els supòsits de no examen i de demandes d'asil inadmissibles, la decisió de les autoritats competents s'adopta en base a les circumstàncies de l'arribada o de qüestions formals relatives a la demanda o al demandant, però no hi ha un examen del fons de la sol·licitud. En la resta de casos, el procediment d'examen en primera instància ordinari o accelerat ha de tenir en compte les qüestions substantives que suscita la petició de protecció.

508. A la directiva es preveuen els principis i les garanties fonamentals que

aquests procediments han de respectar, que són els *mínims* següents:

1. EL DRET D'ACCEDIR AL PROCEDIMENT. Els estats membres han de garantir que tothom major d'edat i amb capacitat jurídica tingui el *dret de presentar una sol·licitud d'asil pel seu compte*. Els estats també podran disposar que un sol·licitant pugui presentar una demanda en nom de persones que estan a càrrec seu, que una persona menor d'edat pugui presentar una demanda d'asil, o quan es considera que una demanda d'asil presentada per una persona comporta una sol·licitud per als membres de la família menors d'edat¹².
2. EL DRET DE ROMANDRE EN EL TERRITORI DE L'ESTAT MENTRE DURA L'EXAMEN DE LA DEMANDA. Els demandants d'asil *estaran autoritzats a romandre en l'estat membre, únicament a efectes del procediment fins que l'autoritat decisòria hagi dictat una resolució*. Només es podrà fer una excepció a aquest dret quan no vagi a examinar-se una sol·licitud posterior o no original, o quan hagi de transferir-se o extraditar-se una persona cap un altre estat membre en virtut de l'*euroordre*, o cap un altre estat, o envers òrgans jurisdiccionals penals internacionals¹³.
3. EL DRET QUE L'EXAMEN DE LES DEMANDES D'ASIL RESPECTI DETERMINATS REQUISITS: Com que una demanda d'asil no es refusi ni s'exclougui el seu examen únicament perquè no es van presentar tant aviat com era possible, i que les resolucions es dictin després de realitzar-se un examen adequat. Un examen *adequat* comporta que es garanteixi que l'examen de les sol·licituds d'asil i l'adopció de les resolucions es faci de forma individual, objectiva i imparcial; que s'obtingui informació precisa i actualitzada de diverses fonts (per exemple informació de l'ACNUR) respecte de la situació general imperant en els països d'origen dels demandants i, si fos necessari, en aquells països pels que hagi transitat; i que el personal que examina les sol·licituds i dicta les resolucions conegui les normes pertinents aplicables d'acord amb la legislació en matèria d'asil i refugi¹⁴.
4. EL DRET A QUE LA RESOLUCIÓ DE L'AUTORITAT DECISÒRIA RESPECTI DETERMINADES CONDICIONS: Com que les resolucions sobre les sol·licituds d'asil es facin per escrit; que *es procuri* que, quan es desestimi la sol·licitud, les raons de fet i de dret es detallin a la resolució, i s'informi per escrit sobre què es pot fer si es denega la demanda¹⁵.
5. EL DRET DE BENEFICIAR DE DETERMINADES GARANTIES. Els demandants d'asil han de:

¹² Article 6 de la Directiva 2005/85/CE de procediments.

¹³ Article 7 de la Directiva 2005/85/CE de procediments.

¹⁴ Article 8 de la Directiva 2005/85/CE de procediments.

¹⁵ Article 9 de la Directiva 2005/85/CE de procediments. Si es concedeix un estatut diferent del refugi però que ofereixi els mateixos drets i beneficis d'acord amb el dret intern i la directiva 2004/83/CE, els estats podran no fer menció dels motius pels quals no es reconeix l'estatut de refugiat. L'expedient sí ha de contenir aquesta informació, i aquest ha de ser accessible per al demandant, si ho sol·licita. Com és sabut, la protecció subsidiària prevista en la directiva que s'acaba d'esmentar no suposa *els mateixos drets i beneficis* que l'estatut de refugiat.

- a. Ser informats, en una llengua *que sigui raonable suposar que comprenen*, sobre el procediment, els seus drets i les seves obligacions, les possibles conseqüències de l'incompliment de les seves obligacions o de la manca de cooperació; així com dels terminis i mitjans de què disposen per complir amb l'obligació de presentar la documentació i les proves relatives a les seves demandes d'asil;
 - b. Disposar, *si és necessari* dels serveis d'un intèrpret per exposar els seus arguments davant de les autoritats competents; i, almenys, quan es convoqui els demandants a una audiència pública. En aquest darrer cas s'estableix que els serveis d'intèrpret seran pagats amb fons públics¹⁶;
 - c. Tenir la possibilitat de posar-se en contacte amb l'ACNUR o amb una altra organització que operi en nom de l'ACNUR en el territori de l'estat membre en virtut d'un acord;
 - d. Ser notificats en un termini *raonable* de la resolució de l'autoritat decisòria sobre la seva sol·licitud d'asil. Els estats poden optar, no obstant, per fer les notificacions al representant legal o assessor jurídic del demandant d'asil, si aquest en té un.
 - e. Ser informats del resultat de la resolució de l'autoritat decisòria en una llengua *que sigui raonable suposar que comprenen* en cas que no estiguin assistits o representats per un assessor jurídic i no tinguin assistència jurídica gratuïta. Cal que s'informi també de les actuacions requerides per impugnar una resolució de desestimació¹⁷.
6. DRET DE SER ESCOLTAT EN UNA AUDIÈNCIA PERSONAL SOBRE LA SOL·LICITUD D'ASIL. Abans que l'autoritat decisòria adopti una resolució es donarà al demandant la possibilitat de ser escoltat en una audiència personal sobre la seva sol·licitud d'asil amb una persona competent d'acord amb el dret nacional. Es podrà prescindir de l'audiència quan l'autoritat decisòria pot adoptar una resolució favorable amb les proves presentades; quan l'autoritat competent ja es va reunir amb el demandant per ajudar-lo a omplir la sol·licitud i donar-li la informació bàsica; o bé, quan l'autoritat decisòria, *basant-se en un estudi complet de la informació subministrada pel sol·licitant, consideri infundada la sol·licitud* en cas que la demanda sigui irrellevant i no es presentin arguments basats en la condició de refugiat, el demandant provingui d'un *país d'origen segur* o d'un *tercer país segur*, les al·legacions siguin incoherents, inversemblants o

¹⁶ Precisament, l'accés a una informació acurada i pertinent per part dels demandants d'asil quan arriben a un estat és un dels elements més importants que garanteixen el correcte inici del procediment, malgrat que en determinats països, com passa a Espanya, el grau d'atenció a aquestes qüestions no sigui suficient com ho ha posat en relleu el *Rapport de M. Alvaro Gil Robles, Commissaire aux Droits de l'Homme, sur sa visite en Espagne 10-19 mars 2005 à l'attention du Comité des Ministres et de l'Assemblée parlementaire*, CommDH(2005)8, Estrasburg, 9 de novembre de 2005, §84 i 108-112.

¹⁷ Article 10 de la Directiva 2005/85/CE de procediments.

insuficients, la demanda no sigui original, o la demanda només s'hagi presentat per ajornar o frustrar una decisió anterior o sobre l'expulsió de la persona¹⁸. També es pot prescindir de l'audiència quan *no sigui del tot factible*, en particular, quan el demandant està incapacitat o no és apte per ser entrevistat per circumstàncies permanents alienes al seu control¹⁹. La manca d'audiència personal, de tota manera, d'acord amb la Directiva, no impedirà que l'autoritat decisòria dicti una resolució sobre una sol·licitud d'asil; i no afectarà desfavorablement la resolució de l'autoritat decisòria, tot i que es podrà tenir en compte en decidir sobre la sol·licitud d'asil *el fet que el sol·licitant no es personi en l'audiència personal, excepte si aquesta absència està degudament justificada*²⁰. L'audiència personal es farà en condicions que garanteixin l'adequada confidencialitat. En principi, sense la presència dels membres de la família, i de manera que els demandants puguin exposar les raons de la seva sol·licitud de forma complerta. Per a això, els estats asseguraran que la persona que faci l'audiència sigui *suficientment competent per tenir en compte les circumstàncies personals o general que envolten la sol·licitud, incloses les arrels personals del sol·licitant, la seva vulnerabilitat, en la mesura que sigui possible fer-ho; i seleccionaran un intèrpret que pugui garantir una correcta comunicació entre el sol·licitant i la persona que celebri l'audiència*²¹. D'acord amb la directiva, la comunicació en l'audiència no haurà de mantenir-se *necessàriament* en la llengua que prefereixi el sol·licitant d'asil *si existís una altra llengua que sigui raonable suposar que comprèn i en la que sigui capaç de comunicar-se*. Tenint en compte que es tracta d'una audiència pública, encara que només es digui que ha de ser *raonable suposar que comprèn* la llengua en què es desenvolupi, és evident que seria bo comprovar que efectivament la comprèn i que es pot comunicar en aquesta llengua.

7. DRET D'ASSISTÈNCIA JURÍDICA I REPRESENTACIÓ LEGAL. Els estats membres oferiran als demandants d'asil l'oportunitat de consultar *a costa seva*, de forma efectiva a un assessor jurídic o a un altre conseller admès o permès d'acord amb el dret de l'estat qüestions relacionades amb les demandes d'asil. Si es desestima la sol·licitud d'asil, els estats membres garantirán que, si l'interessat ho demana, se li concedeixi gratuïtament assistència jurídic o representació legal. Malgrat això, els estats poden limitar aquesta assistència gratuïta o representació legal en el recurs:

a. únicament als procediments davant d'un òrgan jurisdiccional previstos a la

¹⁸ Article 12 de la Directiva 2005/85/CE de procediments. Aquestes causes per considerar una demanda infundada són les previstes als apartats *a), c), g), h) i j)* de l'article 23§4 de la directiva.

¹⁹ Article 12§3 de la Directiva 2005/85/CE de procediments.

²⁰ Article 12§4-6 de la Directiva 2005/85/CE de procediments.

²¹ Article 13 de la Directiva 2005/85/CE de procediments.

pròpia directiva (capítol V de la norma), i no *per a nous recursos o revisions previstes al dret nacional, inclosa la revisió d'un recurs deguda a un nou recurs o revisió;*

- b. únicament a qui manqui de mitjans suficients;
- c. únicament als assessors jurídics o altres consellers designats específicament pel dret nacional per assistir o representar els demandants d'asil; i/o
- d. únicament si el recurs o revisió té probabilitats de prosperar²².

La directiva estableix també que els estats *vetllaran* per que *no es restringeixi de manera arbitrària* l'assistència jurídica ni la representació legal concedides en virtut de la lletra d). Malgrat això, les limitacions d'accés a tot l'expedient i fins i tot al contacte amb el demandant per raó de seguretat pública són molt amples, cosa que pot perjudicar el dret d'accedir a un recurs efectiu²³. D'acord amb la directiva, els estats també podran *imposar límits econòmics i/o temporals* a la disposició relativa d'assistència o representació gratuïtes, amb el límit de la restricció *arbitrària*; i disposar que el tractament dels demandants d'asil respecte de les taxes i despeses no sigui més favorable que el que es dona als nacionals respecte de l'assistència jurídica. Les possibilitats de limitar el dret de rebre assistència jurídica gratuïta en el tràmit del recurs restringeixen considerablement el dret dels demandants d'asil d'accedir a aquesta assistència, alhora que introdueixen situacions de discriminació i de confusió. En aquest sentit, per exemple, tenint en compte que la norma comunitària, com a directiva, ha de ser transposada en el dret intern, i que totes les modalitats de recurs han

²² Article 15 de la Directiva 2005/85/CE de procediments.

²³ L'article 16 estableix l'abast de l'assistència jurídica i de la representació legal. Els estats membres han de garantir que l'assessor jurídic o el conseller tingui accés a la informació de l'expedient del demandant d'asil que sigui susceptible de ser examinada per les autoritats competents per a l'examen dels recursos; i que pugui tenir accés a llocs tancats en els centres d'internament o zones d'espera per entrevistar-se amb el sol·licitant. Els estats, malgrat això, podran limitar l'accés a la documentació *en cas que la divulgació d'informació o de fonts comprometi la seguretat nacional, la seguretat de les organitzacions o persones que proporcionen la informació o la seguretat de les persones a les que es refereix la informació, o quan es veiessin compromesos els interessos de la investigació relatiu a l'examen de les sol·licituds d'asil per part de les autoritats competents dels estats membres o les relacions internacionals dels estats membres*. També es podrà limitar l'accés a mantenir una entrevista en privat amb el demandant *quan, en virtut de la legislació nacional, aquesta limitació sigui necessària objectivament per a la seguretat, l'ordre públic o la gestió administrativa del recinte o per garantir un examen eficient de la sol·licitud, sempre i quan no es vegi seriosament limitat o impossibilitat amb això l'accés de l'assessor jurídic o altre conseller*. La possibilitat de limitar l'accés a la documentació de l'expedient o l'accés en privat al propi sol·licitant és molt àmplia per raons relatives a seguretat nacional, la qual cosa restringeix considerablement el dret dels demandants d'asil de conèixer tots els fets i dades que determinaran les decisions relatives a l'asil. D'altra banda, la directiva també estableix que els òrgans encarregats de decidir els recursos previstos a la directiva contra les decisions en primera instància de les demandes d'asil podran tenir limitat l'accés a la documentació quan estiguin en joc qüestions de *seguretat nacional*. Aquesta impossibilitat pràctica dels òrgans jurisdiccionals d'accedir a totes les dades de l'afer en relació a la persona del demandant manlleua el seu dret d'accedir a un recurs jurisdiccional just i efectiu.

d'estar previstes per la normativa interna, resultarà que la gratuïtat de l'assistència podrà dependre del tipus de recurs que el demandant d'asil es proposi plantejar, i no del supòsit en què es troba, manca de recursos o, fins i tot, probabilitat d'èxit de la petició²⁴.

8. DRET DE TENIR ACCÉS A L'ACNUR. Els estats membres permetran a l'ACNUR:

- a. tenir accés als demandants d'asil, inclosos els que estiguin internats i els que es trobin en zones de trànsit aeroportuari o portuàries;
- b. accedir a informació sobre sol·licituds individuals d'asil, sobre el curs del procediment i sobre resolucions adoptades, sempre i quan el sol·licitant d'asil doni el seu consentiment;
- c. manifestar la seva opinió, en l'exercici de les seves responsabilitats de vigilància d'acord amb l'article 35 de la Convenció de Ginebra a tota autoritat competent sobre sol·licituds individuals en qualsevol fase del procediment. Això s'aplicarà també a qualsevol organització que treballi en el territori de l'estat membre en nom de l'ACNUR en virtut d'un acord amb l'estat membre²⁵.

509. DRETS DE RECURS CONTRA DECISIONS NEGATIVES I TERMINIS. A banda de la qüestió dels procediments fronterers que s'ha analitzat en el capítol X, un dels aspectes menys reeixits de la Directiva 2005/85/CE de procediments és el dels procediments de recurs. La directiva no estableix normes mínimes comunes quant als elements que van resultar més controvertits durant la tramitació de la directiva: la qualitat suspensiva dels recursos; el nombre de recursos successius que calia que estiguessin disponibles; la categoria administrativa o judicial dels òrgans competents si es preveuen almenys dos instàncies de recurs; els terminis; les competències dels òrgans jurisdiccionals en els recursos; i les eventuals especificitats dels recursos en el procediments accelerats. Pel que fa a aquestes qüestions els estats poden establir a la normativa interna el dispositiu que considerin més oportú.

A la directiva únicament s'estableix que els demandants d'asil tenen dret a un *recurs efectiu* davant d'un òrgan jurisdiccional contra determinades decisions:

- a. les adoptades sobre la seva sol·licitud d'asil, incloses:
 - i. les decisions de considerar inadmissible una sol·licitud d'acord amb les previsions de la directiva;
 - ii. les decisions adoptades a la frontera o en les zones de trànsit d'un estat membre sobre la demanda d'asil (d'acord amb el que s'estableix a

²⁴ A Espanya el Tribunal constitucional ha establert que els estrangers que es troben a Espanya tenen dret a assistència jurídica gratuïta si reuneixen les condicions previstes a la llei respecte de qualsevol tipus de procediments en els que tinguin legitimació (*la expresión "que residan [en España] habrá de entenderse referida a la situación puramente fáctica de los que se hallan en territorio español, sin que quepa atribuir a la referida expresión un significado técnicamente acuñado de residencia autorizada administrativamente*); TC (E), sentència de 22 de maig de 2003, núm. 95/2003, §7.

²⁵ Article 21 de la Directiva 2005/85/CE de procediments.

l'article 35 §1);

- iii. les decisions de no examinar una demanda d'asil perquè el demandant prové d'un tercer país segur europeu
- b. la negativa a reobrir l'examen d'una demanda, després que aquest fos interromput d'acord amb les previsions de la directiva (com quan el demandat desapareix o no es presenta a les entrevistes o a les audiències);
- c. la relativa a no seguir examinat una *sol·licitud posterior* o no original d'acord amb allò que es disposa a la directiva;
- d. les decisions de no entrada adoptades a la frontera en base a la legislació nacional dels estats (previstes al §2 de l'article 35); i
- e. les decisions de retirada de l'estatut de refugiat²⁶.

Respecte dels efectes del recurs jurisdiccional que cal preveure, la directiva únicament estableix que els estats membres *establiran quan procedeixi, normes de conformitat amb les seves obligacions internacionals* relatives a:

- a. la qüestió de si el recurs tindrà l'efecte de permetre que els sol·licitants romanguin en l'estat membre de què es tracti en espera del seu resultat;
- b. la possibilitat d'adoptar mesures cautelars o de protecció quan el recurs no tingui l'efecte de permetre que els sol·licitants romanguin en l'estat membre de què es tracti en espera del seu resultat. Els estats membres podran també establir vies de recurs *ex officio*; i
- c. els motius per qüestionar una resolució per la qual s'estableixi la inadmissibilitat d'una demanda d'asil perquè el demandant prové d'un *tercer estat segur* (en relació al mètode pel qual s'ha arribat a la certesa que el país és segur, i que ho és per al demandant en concret), i el motiu per impugnar l'aplicació d'aquest concepte al·legant la possibilitat de patir tortures, sancions, o tractaments, cruels, inhumans o degradants²⁷.

En relació als terminis, tant per a la presentació de recursos per part dels demandats d'asil, com per a la tramitació i resolució per part de l'autoritat decisòria dels recursos, la directiva només estableix, en el primer cas, que els estats *establiran* aquests terminis i altres normes per a que els demandants puguin exercir els seus drets i, en el segon, que els estats *podran fixar* aquests terminis²⁸.

Quant al temps de durada dels procediments en primera instància, d'acord amb la directiva, el termini màxim de durada dels procediments fronterers és de quatre setmanes, després de les quals el demandant d'asil podrà entrar formalment en el territori de l'estat de què es tracti; i per a la resta de procediments no es preveu un termini màxim de durada. Únicament s'estableix que els estats procuraran que el

²⁶ Article 39§1 de la Directiva 2005/85/CE de procediments.

²⁷ Article 39§3 de la Directiva 2005/85/CE de procediments.

²⁸ Article 39§2 i 4 de la Directiva 2005/85/CE de procediments.

procediment conclogui *el més ràpidament possible* i que *vetllaran* per que si el procediment no es pot concloure en sis mesos, bé s'informi al demandant de la tardança, bé se li faciliti, si ho demana, informació sobre el termini en què previsiblement s'adoptarà la resolució²⁹. Malgrat que a la directiva s'estableix en quins casos els estats podran aplicar procediments accelerats, no es preveu en quin moment del procediment es produirà la celeritat (si en la tramitació en primera instància o en el recurs) ni en quan de temps és possible escurçar aquest procediment³⁰.

2. Greuges relatius a l'harmonització dels procediments d'asil a la Unió Europea

510. QUEIXES RELATIVES A LES PREVISIONS DELS PROCEDIMENTS DE RECURS. En definitiva, pel que fa als recursos de les decisions en primera instància, la directiva ni exigeix que els estats prevegin recursos efectius contra totes les decisions possibles en relació a les demandes d'asil, ni tampoc estableix veritables normes mínimes comunes que determinin les competències que han de tenir els òrgans encarregats del recurs, ni el nombre d'instàncies de recurs, ni els efectes, ni els terminis per la presentació del recurs o per la seva resolució. D'acord amb la directiva, els estats estan obligats únicament a preveure un *recurs efectiu* davant d'un òrgan jurisdiccional contra determinades decisions.

Respecte de l'àmbit d'aplicació, la directiva no s'ocupa de tres tipus de decisions que afecten la sort dels demandants d'asil que pretenen demanar i obtenir asil en un estat membre: en primer lloc, d'acord amb l'àmbit d'aplicació reduït descrit anteriorment, no s'ocupa de les demandes d'asil que no es refereixin a la qualitat de refugiat del sol·licitant d'acord amb la Convenció de Ginebra; i, en segon lloc, no contempla que hagin de preveure's recursos contra eventuais decisions de no examen basades en la nacionalitat d'un dels estats membres del demandant d'asil, o en l'aplicació del sistema de Dublín. Des d'aquest punt de vista, hagués estat més correcte preveure en la directiva que els estats havien de preveure en els seus procediments, almenys, un recurs de tipus jurisdiccional contra qualsevol decisió que afecti la situació jurídica d'un demandant d'asil.

L'enumeració dels tipus de decisions susceptibles de ser recorregudes d'acord amb la directiva i el seu àmbit d'aplicació reduït limita el dret de recurs dels demandants d'asil, i crea espais que se sostreuen del sistema europeu d'asil en construcció i romanen dependents del règim intern dels estats membres.

²⁹ Article 35§4 i 23§2 de la Directiva 2005/85/CE de procediments.

³⁰ D'acord amb l'article 23 de la proposta modificada de directiva sobre les normes mínimes aplicables als procediments, la tramitació en primera instància de les demandes d'asil podia fer-se mitjançant un procediment accelerat que havia de durar com a màxim 3 mesos, prorrogables pers a tres mesos més *per raons legítimes* (Article 24§1-2).

L'harmonització a través d'una directiva que no abasta tots els supòsits i que exclou expressa o implícitament determinats àmbits té el risc d'una homologació a la baixa dels procediments d'asil en els estats membres, en els quals s'ometin possibilitats de recurs contra decisions que afecten els demandants d'asil en contravenció amb els estàndards internacionals i europeus relatius al dret a un recurs efectiu.

Quant a les competències dels òrgans encarregats de revisar les decisions adoptades en primera instància, amb la directiva no s'harmonitza la qüestió relativa a si els òrgans jurisdiccionals tenen competències per revisar els fets establerts o únicament les qüestions de dret³¹. La directiva tampoc obliga els estats membres a preveure recursos adequats per a que els demandants d'asil que vagin a ser allunyats o reenviats al país d'origen considerat *segur* o a un tercer país *supersegur* puguin impugnar aquesta qualificació de l'estat per al seu cas particular, si de cas, en base a l'al·legació del risc de patir condemnes o tractaments cruels, inhumans o degradants. Aquesta exigència, tot i que a la directiva només es contempla per al cas dels *tercers estats segurs*, d'acord amb els estàndards europeus, també abasta necessàriament als altres casos d'allunyament.

La directiva tampoc acarà dos dels elements que van ser més controvertits durant la seva tramitació: el nombre d'instàncies de recurs i la qualitat i efectes dels recursos. La qüestió del nombre d'instàncies està íntimament relacionada amb la relativa a la qualitat dels òrgans de recurs de les decisions en primera instància. Alguns dels estats membres tenen una tradició important d'òrgans judicials de revisió de les resolucions administratives en segona o tercera instància (si hi ha possibilitat de reexamen o revisió administrativa), mentre que en d'altres, els òrgans de revisió són principalment òrgans quasi jurisdiccionals, o òrgans separats de l'organigrama judicial del país i/o no enterament independents i imparcials respecte de l'executiu (decisori en primera instància). La majoria d'estats tenen un model basat en un dels dos esquemes següents:

- a. decisió en primera instància per part d'un òrgan depenent de l'administració (en general del ministeri d'affers exteriors o del ministeri de l'interior de l'estat); decisió en segona instància administrativa per part del mateix òrgan o un de diferent també depenent de l'administració; i dues instàncies més, de caràcter judicial (excepcionalment, tres instàncies judicials); o
- b. decisió en primera instància per part d'un òrgan depenent de l'administració (en general del ministeri d'affers exteriors o del ministeri de l'interior de l'estat); i tres instàncies judicials.

La gran diversitat en els estats membres així com la dificultat de modificar les tradicions i dinàmiques nacionals i la manca de voluntat política per fer-ho, al final, ha suposat que a la Directiva 2005/85/CE només hagi establert l'exigència mínima que en tots els estats

³¹ La proposta modificada de la Comissió sí preveia que la tutela judicial efectiva inclogués un examen *tant dels fets com dels elements de dret*. CseE, *Propuesta modificada de Directiva del Consejo sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado*, Brussel·les, 18 de juny de 2002, COM (2002) 326 final, pàg. 45/52 (article 38§2 de la directiva, d'acord amb la proposta).

membres es prevegi un recurs davant d'una instància judicial.

En relació a la qualitat o els efectes dels recursos, la directiva tampoc exigeix que el recurs judicial sigui sempre suspensiu, o que pugui tenir efectes suspensius a instància del demandant d'asil o d'algú altre. Al respecte d'aquesta qüestió, la proposta modificada de directiva de procediments de la Comissió, de juny de 2002, així com l'acte jurídic de la Unió Europea que va precedir la directiva, la *Resolució relativa a les garanties mínimes aplicables al procediment d'asil* de 1995, disposaven el principi general dels efectes suspensius del primer recurs judicial contra les decisions d'asil³². En tots dos casos, es disposava que els estats permetrien als demandants d'asil restar en el territori mentre es realitzés l'examen del recurs presentat contra la decisió en primera instància.

D'acord amb la proposta de directiva, els demandants d'asil havien de poder demanar a un òrgan administratiu primer, i a un òrgan jurisdiccional després, romandre en el territori en espera del resultat de la impugnació. I, en cas que el dret nacional disposés que el demandant d'asil no tenia dret de quedar-se en el territori, s'establí que calia que els estats s'asseguessin que un òrgan jurisdiccional tingués competència per decidir, a petició del sol·licitant o *ex officio*, si efectivament el sol·licitant d'asil podia, tenint en compte les circumstàncies particulars del seu cas, romandre en el territori de l'estat. Una garantia addicional per als demandants d'asil resultava de la previsió segons la qual no es faria efectiva cap expulsió fins que l'òrgan jurisdiccional hagués decidit en el cas anterior, amb l'única excepció que hi haguessin motius de seguretat nacional o d'ordre públic que impedissin la permanència en el territori³³. La directiva adoptada definitivament es limita a assenyalar que els estats *establiran, quan procedeixi, normes conformes a les seves obligacions internacionals* relatives a les qüestions de si un recurs judicial té per efecte permetre que el demandant romangui en el territori en espera del resultat, i a la possibilitat que s'adoptin mesures cautelars i vies de recurs *ex officio* quan el recurs no tingui efectes suspensius³⁴.

³² *Resolución del Consejo de 20 de junio de 1995 relativa a las garantías mínimas aplicables al procedimiento de asilo*, DOCE, 19.9.1996, N° C 274/13-17, § 17. D'acord amb la resolució els estat podien establir excepcions als efectes suspensius del recurs, però s'exigia que els demandants d'asil sempre tinguessin l'oportunitat de demanar romandre provisionalment en el territori *en atenció a les circumstàncies particulars del seu cas*, i que no es podria adoptar cap mesura d'expulsió fins que aquesta petició fos resolta. La resolució preveia la possibilitat que els estats fessin excepcions al principi general de l'efecte suspensiu del recurs quan la sol·licitud d'asil hagués estat considerada *manifestament infundada*. *Ibidem*, § 24. Aquest tipus d'excepcions, malgrat romangués el dret dels demandants de presentar un recurs suspensiu per demanar no ser allunyats, van ser considerades per la doctrina de l'època com a *inacceptables*; Pieter Boeles, Ashley Terlouw, "Minimum Guarantees for Asylum Procedures", *IJRL*, vol. 9, núm. 3, 1997, pàg. 490.

³³ *CssE, Propuesta modificada de Directiva del Consejo sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado*, Brussel·les, 18 de juny de 2002, COM (2002) 326 final, article 39, pàgs. 45-46/52. En el cas dels procediments accelerats, les garanties eren menors, tot i que es conservava el principi general de permanència en el territori durant el recurs (article 40, pàg. 46/52).

³⁴ Pel que fa al dret de romandre en el territori, la directiva únicament preveu expressament el dret

3. Valoracions generals del règim de drets procedimentals instaurat per la Directiva 2005/85/CE, i qüestions no resoltes per l'harmonització de les regles de procediment i d'acollida

511. ÀMBIT D'APLICACIÓ REDUÏT I DRET COMUNITARI EUROPEU TOUT. Com en el cas de la directiva sobre acollida, també la directiva sobre procediments deixa fora de regulació a escala europea alguns dels procediments que més problemes han presentat en els darrers anys i dels que depèn la protecció dels demandants d'asil en moments de màxima vulnerabilitat: el de les demandes d'asil fetes a les fronteres.

Certament, aquestes dues normes es plantegen com a formant part d'una primera etapa en què s'estableixi un nivell mínim d'harmonització, que no obliga els estats a aplicar *procediments uniformes* ni implica un *sistema uniforme de condicions d'acollida* dels demandants d'asil. Però de les directives no resulten per als dels demandants d'asil ni unes oportunitats similars de no ser allunyats i de ser tractats en relació al procediment de forma similar, ni tampoc un nivell de condicions de vida equiparable en tota la Comunitat³⁵.

La directiva sobre procediments manca reglamentar adequadament normes mínimes relatives als procediments fronterers relatius a l'autorització d'entrada en els estats membres. En la Directiva 2005/85/CE de procediments s'estableix que els estats poden mantenir procediments fronterers que concedeixin una autorització d'entrada formal en el territori que, com s'ha vist anteriorment, poden implicar una anàlisi preliminar de la demanda d'asil o de la situació del sol·licitant. Aquests procediments constitueixen una zona gris dins del conjunt de procediments, en la mesura que poden prescindir de principis i garanties considerats *fonamentals*, en general, en els procediments en primera instància³⁶. En aquest sentit, els procediments fronterers dels estats poden deixar d'assegurar:

1. el compliment dels *requisits per a l'examen de les sol·licituds*³⁷. Les decisions en els procediments fronterers poden fer-se després d'exàmens que no cal que

dels demandants d'asil de romandre en el territori de l'estat membre, *únicament a efectes del procediment, fins que l'autoritat decisòria hagi dictat una resolució de conformitat amb els procediments en primera instància*. S'afegeix que aquests dret *no constituirà un dret d'obtenir un permís de residència*. Article 7§1 de la Directiva 2005/85/CE de procediments.

³⁵ La Comissió albirava una primera etapa d'aquest tipus i una segona etapa en què, pel que fa als procediments, es restringís la *facultat d'optar en aquells àmbits en els que, en la primera etapa, es permetia certa flexibilitat o la facultat d'exceptuar algunes disposicions*. CseE, *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. Hacia un procedimiento de asilo común y un estatuto uniforme, válido en toda la Unión, para personas a las que se concede asilo*, Brussel·les, 22 de novembre de 2000, COM (2000) 755 final, §2.1 i §2.4

³⁶ Article 35§3 Directiva 2005/85CE de procediments.

³⁷ Article 7 Directiva 2005/85CE de procediments.

siguin adequats, és a dir individuals, objectius i imparcials; després que s'hagi obtingut informació precisa i actualitzada (per exemple de l'ACNUR) respecte dels països d'origen i de trànsit; i que el personal que examina les demandes i dicta les resolucions conegui les normes pertinents respecte de la legislació d'asil i refugi;

2. el compliment dels *requisits de la resolució de l'autoritat decisòria*³⁸, relatius a que les resolucions sobre les sol·licituds d'asil es dictin per escrit; i a que *es procuri* que les raons de fet i de dret es detallin a la resolució i s'informi per escrit sobre què fer si es denega la petició;
3. el compliment d'algunes de les *garanties per als sol·licitants d'asil*³⁹, com que no se'ls pugui negar la possibilitat de posar-se en contacte amb l'ACNUR o una altra organització que operi en nom seu; que se'ls hagi de notificar en un termini raonable la resolució de l'autoritat decisòria sobre la sol·licitud d'asil; o que hagin de ser informats del resultat de la resolució de l'autoritat decisòria en una llengua que sigui raonable suposar que comprenen;
4. que es pugui concedir assistència jurídica o representació legal gratuïtes en determinades circumstàncies⁴⁰, com quan hi ha probabilitat d'èxit de la impugnació, manca de recursos suficients, etc.

D'altra banda, la directiva sobre procediments no preveu adequadament el dret a un recurs *efectiu* en el sentit que és exigít pels estàndards europeu de drets humans, especialment desenvolupat en el context del sistema de garantia del Conveni europeu drets humans i llibertats fonamentals de Roma de 1950. La privació del dret a un recurs efectiu és encara més problemàtica si es té en compte que en molts països, el 15%, el 25% o més de la meitat dels demandants d'asil troben reconegut un estatut de protecció en els procediments en segona o tercera instància. Tampoc les regles sobre l'establiment de llistes de països segurs, supersegurs, etc. té garanties prou adequades ni garanteixen eficaçment el principi de no discriminació per raó de provenença o origen. Per aquestes i altres raons (tant de forma com de fons), el Parlament europeu va presentar el 8 de mars de 2006 un recurs d'anul·lació contra la directiva de procediments⁴¹.

Finalment, la directiva de procediments així com també la directiva sobre acollida fan poc més que reiterar i reforçar el *status quo* dels estats, sense que es tradueixi una veritable voluntat d'anar més enllà en la garantia dels drets substantius i de procediment dels demandants d'asil en la Unió Europea que s'ajusti a un nivell alt de protecció dels drets humans, coherent amb la construcció d'un espai basat en el seu respecte i garantia. Especialment la directiva sobre procediment, que permet una flexibilitat molt gran en la

³⁸ Article 9 Directiva 2005/85CE de procediments.

³⁹ Article 10§1.c)-e) Directiva 2005/85CE de procediments.

⁴⁰ Article 15§2-3 Directiva 2005/85CE de procediments.

⁴¹ *Recurso interpuesto el 8 de marzo de 2006, Parlamento Europeo / Consejo de la Unión Europea (Asunto C-133/06), DOUE de 6 de maig de 2006, N° C 108/12.*

interpretació de les normes mínimes⁴², que conté una important dosi d'ambigüitat en moltes de les seves disposicions, i que amb la proliferació d'expressions del tipus els estats *vetllaran*, *procuraran* o *podran* fer o disposar, contribueix a crear la impressió que la majoria de previsions de la directiva són disposicions programàtiques. En definitiva, el grau de constrenyiment de la directiva pel que fa a l'obligació quant als resultats és baix. Es crea un dret tou europeu per a la construcció dels fonaments d'un sistema comú europeu d'asil que difícilment podrà forjar un nucli bàsic de drets per als particulars demandants d'asil, virtualment efectius a través del mecanisme de l'eficàcia directa o de la interpretació conforme, o que puguin comprometre la responsabilitat dels estats membres si no s'ajusten al contingut mínim de la directiva.

512. LA PENETRACIÓ DE LA SEGURETAT NACIONAL EN EL RÈGIM COMUNITARI EUROPEU SOBRE PROCEDIMENTS D'ASIL. La directiva 2005/85/CE de procediments, estableix un equilibri entre els drets dels demandants d'asil i les prerrogatives dels estats clarament favorable a aquestes últimes, molt marcades per l'interès de mantenir la seguretat nacional. Aquest biaix securitari és present en la limitació del dret de romandre en el país durant la tramitació dels recursos presentats contra la denegació d'asil, i ha provocat que aquest dret no es prevegi com a garantia mínima de la directiva.

La norma, d'altra banda, presenta per aquest mateix motiu contradiccions internes insalvables. En aquest sentit, malgrat que l'article 8 estableix que els estats membres *garantiran* un examen i l'adopció *imparcial* de resolucions sobre les demandes d'asil, les previsions de l'article 16, sobre la limitació d'accés als elements que han fonamentat la denegació d'asil que impliquen la seguretat nacional, poden impedir que la revisió jurisdiccional de les decisions sobre les demandes d'asil siguin *imparcials*, quan precisament són els òrgans jurisdiccional dels estats els que per la seva naturalesa haurien de poder garantir sempre aquesta imparcialitat.

La limitació de l'accés a la informació o a les fonts de les autoritats governatives per raó de seguretat nacional⁴³, no només als demandant i als seus assessors jurídics, sinó també als òrgans jurisdiccional posa en qüestió la veritable eficàcia d'aquest control i manlleva greument el dret dels demandants d'asil d'accedir a un procediment de recurs adequat eficaç. D'altra banda, aquesta limitació, com es veurà més endavant, és contrària a les obligacions que els estats tenen en virtut dels drets i garanties procedimentals previstes al Conveni Europeu de drets humans, tal com han estat interpretades pels òrgans de garantia.

⁴² *Select Committee on European Union-House of Lords (UK), Eighth Report. Minimum standards of reception conditions for asylum seekers*, 27 de novembre de 2001, § 81.

⁴³ Article 16§1 *final* de la Directiva 2005/85/CE de procediments.

B. ESTÀNDARDS INTERNACIONALS I EUROPEUS RELATIUS ALS PROCEDIMENTS D'ASIL

1. Estàndards internacionals de procediment que les normes mínimes comunitàries no atansen: El *Manual de procediments* de l'ACNUR i la determinació de procediments d'asil *justos i eficaços*

513. L'ESTÀNDARD DE L'ACNUR RESPECTE DEL DRET D'ASIL PROVISIONAL COM A GARANTIA DE PROCEDIMENT. L'ACNUR, davant de l'ampli marge de discrecionalitat dels estats parts en la Convenció de Ginebra respecte dels procediments, va recollir sumàriament en el seu *Manual de procediments i criteris a aplicar per determinar l'estatut de refugiat* alguns elements clau per fer efectiu el compliment de l'obligació de reconèixer com a refugiats aquells qui ho són d'acord amb la Convenció. En el *Manual*, formalment no obligatori per als estats, s'assenyalen les exigències mínimes que, d'acord amb la interpretació de l'ACNUR, han de complir els procediments aplicats en els estats membres tot respectant principis com l'efecte útil o el caràcter contradictori del procés.

Així, d'acord amb l'ACNUR, els procediments previstos en els estats haurien de ser específics per a la finalitat d'establir la qualitat com a refugiats de les persones que demanen protecció, i haurien de ser conduïts per personal qualificat, amb els coneixements i l'experiència suficient per atendre situacions de vulnerabilitat i les necessitats específiques dels demandants⁴⁴.

Les *exigències mínimes* que d'acord amb l'ACNUR tenen en compte la situació particular en què es troben els refugiats que demanen asil, i que estan destinades a assegurar el compliment d'unes garanties mínimes són:

1. que el funcionari competent, a la frontera o dins del país, que rep la demanda d'asil tingui instruccions precises per tractar casos susceptibles d'afectar el compliment de les obligacions internacionals de l'estat, i actuï de conformitat amb el principi de *non-refoulement* i, si s'escau, reenvii el cas a l'autoritat que correspongui;
2. que el demandant rebi les indicacions necessàries pel que fa al procediment;
3. que un servei determinat, si és possible un servei central únic, estigui especialment encarregat d'examinar les peticions de ser reconegut com a refugiat i adoptar una decisió en primera instància;
4. que el demandant rebi els serveis necessaris per presentar la seva demanda, inclosa l'assistència d'intèrpret, i que tingui la possibilitat de contactar amb l'ACNUR;

⁴⁴ ACNUR, *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*, HCR/IP/4/FRE/REV.1, Ginebra: ACNUR, 1979 (reedició de 1992), §190.

5. que, si se li reconeix l'estatut de refugiat, sigui informat i rebi un document que ho certifiqui;
6. que, si no se li reconeix l'estatut, se li concedeixi un termini raonable per demanar el reexamen de la decisió, bé sigui a la mateixa autoritat, bé sigui a una altra autoritat administrativa o judicial, segons el sistema del país; i
7. que el demandant estigui autoritzat a romandre en el país fins que l'autoritat competent hagi adoptat una decisió en primera instància, excepte si aquesta autoritat ha establert que la demanda era *manifestament abusiva*. També hauria de ser autoritzat a quedar-se en el país fins que l'autoritat d'apel·lació no hagués decidit sobre el recurs presentat⁴⁵.

En el context de la renovació del discurs de la protecció dels refugiats davant dels nous reptes endegat a través del procediment de les *Consultes globals*, també ha estat acarada la qüestió dels procediments d'asil des de la perspectiva de si les noves formes de tractament de les demandes d'asil per part dels estats (admissibilitat de les demandes, procediments fronterers, acceleració dels procediments, etc.) s'ajusten a una concepció de *procediments d'asil justos i eficaços* conforme a les obligacions internacionals dels estats⁴⁶. En les conclusions sobre aquest tema a les *Consultes globals*, bàsicament es reiteren els estàndards desenvolupats per part de l'ACNUR, tot actualitzant-los a les noves situacions: per exemple, s'insisteix en la necessitat de preservar el dret d'accés a un procediment d'asil que inclogui una possibilitat de recurs (no hi ha acord malgrat tot sobre l'abast del caràcter suspensiu d'aquest), la necessitat de preveure mecanismes distints per a la determinació de la responsabilitat d'examinar una demanda d'asil que per a l'examen del fons, la necessitat que, en el cas de transferència a un *país tercer segur* aquest expressi el seu consentiment respecte de la transferència i l'examen de la demanda de protecció, o el deure dels estats de reconèixer la vulnerabilitat dels demandants d'asil, i de tenir una atenció específica en determinats casos (dones soles, infants)⁴⁷.

514. DISTÀNCIA ENTRE L'ESTÀNDARD DE L'ACNUR I LES NORMES MÍNIMES DE LA DIRECTIVA 2005/85/CE. D'acord amb l'estàndard de l'ACNUR, per tant, no s'ajusten a les *exigències mínimes* alguns elements del procediment que es deriven de les *normes mínimes* de la Directiva 2005/85/CE de procediments:

- a. que una autoritat fronterera diferent de l'autoritat normalment responsable d'examinar i decidir sobre les demandes de reconeixement de l'estatut de refugiat pugui prendre una decisió en primera instància sobre la demanda

⁴⁵ *Ibidem*, §192. També ExCOM ACNUR, Conclusió N° 8 (XXVIII) *Détermination du statut de réfugié*, § e); i Conclusió N° 30 (XXXIV) *Le problème des demandes manifestement infondées ou abusives du statut de réfugié ou d'asile*, § e)-f).

⁴⁶ Consultas globales sobre protección internacional, *Procesos de asilo (procedimientos de asilo justos i eficientes)*, EC/GC/01/12, 31 de maig de 2001.

⁴⁷ *Ibidem*.

d'asil;

- b. ni que el dret de romandre en el territori de l'estat pugui acabar immediatament després d'una decisió negativa sobre la demanda d'asil.

El demandant ha de tenir un *temps raonable* per demanar el reexamen de la petició i, només si la demanda ha estat considerada *manifestament abusiva* per part de l'autoritat decisòria en primera instància, es podria executar una ordre d'allunyament contra la persona abans que s'emetés la resolució del recurs presentat contra a decisió en primera instància. L'ACNUR, com s'ha vist en el capítol X no ha definit expressament què són, a parer seu, demandes manifestament abusives o manifestament infundades, tot i que d'algunes de les seves conclusions es pot deduir que es refereix a supòsits de demandes *clarament fraudulentos* o que no tenen a veure ni amb els criteris previstos per la Convenció de les Nacions Unides de 1951, ni amb altres criteris que justifiquen la concessió d'asil⁴⁸. En tot cas, és evident que el nombre de casos que a la directiva poden ser considerats *manifestament infundats* i respecte dels quals pot ser aplicat un procediment accelerat excedeix amb escreix el tipus de demandes que d'acord amb l'ACNUR poden ser considerades *manifestament abusives*.

Per tot això, l'estàndard de l'ACNUR és superior que el de la directiva 2005/85/CE respecte de l'asil provisional, cosa que hauria d'empènyer els estats a conformar-se amb el nivell més alt de protecció pel que fa a aquesta qüestió. La directiva va més enllà que l'ACNUR en un punt, que és en el dret dels demandants d'asil que volen ser reconeguts com a refugiats d'accedir a un recurs davant d'una instància judicial contra les decisions adoptades en primera instància.

En el *Manual de procediments i criteris a aplicar per determinar l'estatut de refugiat* de l'ACNUR es considera adequat com a procediment normal, un que inclogui un qüestionari estàndard, on el demandant expressi les bases de la seva petició, al qual segueixi una o més entrevistes personals si el qüestionari no és suficient (normalment no ho serà) per adoptar una decisió positiva en relació a la demanda. Per garantir l'eficàcia de l'entrevista i que el demandant s'expressi amb llibertat, l'ACNUR considera essencial que es creï un clima de confiança que passa, entre d'altres mesures, per la confidencialitat de la conversa, de la qual n'ha d'estar informat el sol·licitant⁴⁹. D'altra banda, per valorar la qualitat d'una persona com a refugiat, també cal que es tingui en compte l'efecte acumulatiu de les seves experiències passades, enlloc de valorar aïlladament esdeveniments menors o no decisius. El temor de ser perseguit pot haver estat creat a poc a poc, per una concatenació de fets que porten a fugir, fins i tot quan no hi ha un fet que per ell mateix justifiqui el temor. D'acord amb l'ACNUR, cal

⁴⁸ ExCOM ACNUR, Conclusió N° 30 (XXXIV), *Le problème des demandes manifestement infondées ou abusives du statut de réfugié ou d'asile*, §d).

⁴⁹ ACNUR, *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*, HCR/IP/4/FRE/REV.1, *op. cit.*, §200.

que els criteris s'apliquin amb un esperit de justícia i comprensió, i cal tenir en compte, també, que per les circumstàncies de la fugida, no es pot exigir del demandant que presenti proves irrefutables de totes i cadascuna de les alegacions que faci⁵⁰. Finalment, si bé el demandant d'asil ha de proveir de paraula, documentalment, o com sigui, prova dels fets que declara, és a dir, que la càrrega de la prova recau sobre el propi demandant, també l'autoritat encarregada de tramitar i decidir sobre la sol·licitud té encomanat el deure d'informar-se i avaluar tots els fets pertinents, més enllà de la prova que el demandant aporta. D'acord amb l'ACNUR, el principi general aplicable en l'examen de les demandes d'asil i en el reconeixement de la qualitat de refugiat de persones que es presenten per ser protegides en els estats és el principi del *benefici del dubte* a favor del sol·licitant⁵¹.

2. Les garanties procedimentals que resulten del Conveni Europeu per a la protecció dels drets humans i les llibertats fonamentals per als demandants d'asil

515. En el marc del Consell d'Europa s'han desenvolupat un conjunt de regles que configuren un estàndard propi de tractament de les demandes d'asil⁵². D'acord amb la interpretació que n'han fet els seus òrgans de garantia, el Conveni europeu per a la protecció dels drets humans i les llibertats fonamentals, malgrat no reconeix expressament garanties específiques dels drets dels demandants d'asil, sí que permet definir una línia de contenció en la devaluació de les regles de procediment dels estats membres de la Unió Europea⁵³. D'altra banda, l'Assemblea Parlamentària del Consell d'Europa també ha definit les garanties jurídiques mínimes que haurien de ser respectades en els procediments d'asil, entre les quals es troba un dels elements clau de la protecció dels demandants d'asil que també ha acarat el Tribunal Europeu de drets humans: el dret dels demandants d'asil de restar en el país d'acollida durant l'examen

⁵⁰ *Ibidem*, §203.

⁵¹ *Ibidem*, §196 i 203.

⁵² Per exemple, Marie-Odile Wiederkehr, "L'oeuvre du Conseil de l'Europe dans le domaine du droit de l'asile et des réfugiés", Société Française pour le Droit International, *Colloque de Caen. Droit d'asile et des réfugiés*, Paris: Éditions A. Pédone, 1997, pàgs. 197-215.

⁵³ Al respecte de la creació de procediments accelerats, en frontera, etc. amb garanties procedimentals per sota dels estàndards europeus, la doctrina ha considerat, per exemple, que *Il est en réalité inconcevable qu'un état partit à la Convention se permette d'adopter des mesures législatives qui risquent de générer des situations de violation des droits fondamentaux*; Christos Giakoumopoulos, "La Convention européenne des droits de l'homme et le droit de recours des demandeurs d'asile déboutés", "La Convention Européenne des droits de l'homme et la protection des réfugiés, demandeurs d'asile et personnes déplacées. Acte du Colloque organisé conjointement par le Secrétariat du conseil de l'Europe et celui du Haut-Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés, qui s'est tenu les 2 et 3 octobre 1995 à Strasbourg", *Bulletin des Droits de l'Homme*, núm. 5, gener de 1996, pàg. 22.

del recurs presentat contra una decisió que l'afecta⁵⁴. Els drets que es deriven per als demandants d'asil del Conveni Europeu de drets humans, d'altra banda, sí són de compliment obligatori per part dels estats membres de la Unió Europea a diferència dels estàndards de l'ACNUR.

a. La inaplicabilitat de l'article 6 del CEDH, o la manca d'obligació dels estats d'aplicar processos equitatius, en terminis raonables i amb tribunals independents i imparcials, en els procediments relatius a demandes d'asil

516. Un dels drets de contingut procedimental que el Conveni Europeu de drets humans estableix per a les persones que estan sota l'autoritat dels estats parts és el de l'article 6, segons el qual:

Tothom té dret a que la seva causa sigui escoltada equitativament i pública i en un termini raonable, per un tribunal independent i imparcial, establert per la llei, que decidirà, bé d'impugnacions dels seus drets i obligacions de caràcter civil, bé dels fonaments de qualsevol acusació en matèria penal que se li adreci.

Com és sabut, el Conveni Europeu no preveu la situació específica dels demandants d'asil i refugiats i, per tant, tampoc estableix per a ells drets especials, o l'obligació que siguin admesos en el territori com a excepció al poder discrecional dels estats en matèria d'estrangeria. Els refugiats i demandants d'asil, així, tenen els mateixos drets que qualsevol altre persona que es trobi sota la jurisdicció d'un estat part. Malgrat això, com que es tracta de persones que podrien ser sotmeses a tractaments contraris al Conveni Europeu si són allunyats del territori, per la seva condició de refugiats o per altres motius, cal plantejar la qüestió de si són aplicables les garanties relatives al dret a un procediment equitatiu que s'estableixen a l'article 6 als procediments interns que examinen les demandes d'asil o refugi, i/o que, refusant la sol·licitud de protecció, determinen l'allunyament del territori. Això comportaria, en tot cas, un reforç considerable del dret dels demandants d'asil de recórrer judicialment contra les decisions negatives adoptades en relació a la seva demanda de protecció, i el dret que la seva causa fos decidida per un tribunal independent i imparcial, en un termini raonable⁵⁵.

⁵⁴ Assemblea Parlamentària del Consell d'Europa, *Recommandation 1236 (1994) relative au droit d'asile*, adoptada el 12 d'abril de 1994, §8.ii) d).

⁵⁵ Sobre què significa un termini raonable, el TEDH s'ha pronunciat considerant que no es pot fixar un temps fix per a qualsevol cas, i que la *raonabilitat* dependrà de les circumstàncies del supòsit de fet cas i de la diligència de les autoritats competents en la conducció dels afers. En el cas *Djaid contra França*, per exemple, el TEDH no va tenir en compte la durada total de la tramitació del recurs fins a la sentència (2 anys, 3 mesos i 12 dies) per considerar que en un recurs de cassació hi havia hagut violació del requisit del termini raonable, sinó el fet que, des del darrer acte processal fins a la sentència, havia passat un any (el demandant estava en situació de detenció provisional). TEDH, sentència de 29 de setembre de 1999, afer *Djaid c. France*, núm. 38687/97, §33. El Tribunal considera que les autoritats dels estats tenen un deure general de diligència en les seves relacions amb els particulars, que s'aplica al cas del procediment

El TEDH ha considerat diverses vegades que l'article 6§1 *obliga els estats contractants a organitzar el seu sistema judicial de manera que els tribunals puguin complir cadascuna de les seves exigències, especialment la del termini raonable*⁵⁶. Per al Tribunal, les garanties pròpies del procediment equitatiu *reafirmen la importància que es dóna a que la justícia no sigui administrada amb retards que comprometin la seva eficàcia i credibilitat*⁵⁷. D'això es deriva que, si l'article 6§1 fos aplicable als procediments d'asil, els estats també haurien d'organitzar els serveis pertinents per resoldre en terminis raonables els procediments relatius a les sol·licituds d'asil, i que en el recurs judicial contra les decisions de l'administració, el tribunal o jutge competent hauria de gaudir de *plena jurisdicció*⁵⁸, és a dir, poder per controlar els fets i el dret del cas.

Per ara, la jurisprudència del Tribunal Europeu de drets humans, com també ho havia fet, d'altra banda, la Comissió, ha refusat sempre que l'article 6 sigui aplicable a procediments relacionats amb una demanda d'asil o per al reconeixement de la condició de refugiat. De fet, la matèria de l'asil ha estat interpretada com a formant part del contenciós d'estrangeria, o sobre entrada, estada i allunyament d'estrangers, en el que es considera que predomina el marge de discrecionalitat per part de l'estat i on no es s'entén que estiguin en joc ni drets de caràcter civil, ni acusacions penals.

Aquesta oposició a l'aplicabilitat de l'article 6 ha esta criticada per part de la doctrina, partint de la interpretació extensiva que en altres matèries i en relació a la mateixa noció de *drets de caràcter civil* ha fet el propi tribunal⁵⁹. Fins tot, hi ha hagut qui ha plantejat la possibilitat que el nou Tribunal Europeu, en funcionament des de la implementació del Protocol 11, pugués ampliar l'àmbit d'aplicació d'aquest article als drets dels estrangers relatius a l'entrada, estada o allunyament del territori⁶⁰. També organitzacions no governamentals com l'ECRE han defensat que calia tractar les demandes d'asil com a *drets civils*, per tal que els procediments d'asil beneficiessin de

equitatiu de la mateixa manera que a les justificacions de les mesures de privació de llibertat. En aquest sentit, com es veurà en el Capítol XIII, una mesura de detenció pot estar justificada per tal d'assegurar l'èxit d'un procediment d'allunyament *en curs*, la qual cosa requereix una diligència particular de les autoritats de l'estat.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ TEDH, sentència de 28 de juliol de 1999, afer *Bottazzi v. Italy*, núm. 34884/97, §22.

⁵⁸ Sobre aquesta exigència del procediment equitatiu d'acord amb l'article 6 CEDH, per exemple, TEDH, sentència de 23 de juny de 1981, afer *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique*, núms. 6878/75 i 7238/75, §60; TEDH, sentència de 23 d'octubre de 1995, afers *Schmautzer v. Austria*, núm. 15523/89, §34-37; TEDH, sentència de 18 de febrer de 1997, afer *Maurer v. Austria*, núms. 16566/90 i 16898/90, §30.

⁵⁹ Sylvie Sarolea, "Les droits procéduraux du demandeur d'asile au sens des articles 6 et 13 de la Convention Européenne des droits de l'homme", *loc. cit.*, pàgs. 124-135.

⁶⁰ Jean-François Flauss, "Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme (novembre 1998-avril 2000)", *AJDA*, núm. 6, 2000, pàgs. 532-533.

les garanties de l'article 6 del Conveni Europeu⁶¹.

517. EL CAS MAAOUIA CONTRA FRANÇA: LA DOCTRINA GENERAL. El Tribunal Europeu de drets humans no s'havia pronunciat directament sobre l'aplicabilitat de l'article 6 als drets dels estrangers relatius a l'entrada, l'estada i l'allunyament en un estat part fins al cas *Maaouia contra França*. Per acarar directament aquesta qüestió, la Sala encarregada de resoldre l'afer va traslladar-lo a la *Gran Sala* per a una decisió de principi. No es tractava directament del cas d'un demandant d'asil, sinó d'una persona que al·legava que no s'havien respectat els drets relatius a un procés equitatiu en el procediment seguit per resoldre la seva petició per a que es retirés una decisió de prohibició temporal d'entrada en el territori (*interdiction temporaire du territoire*), però la majoria de raonaments de la sentència, tant a favor com en contra d'una aplicació de l'article 6 als drets d'un estranger, serien igualment vàlids en un cas de petició d'asil.

A *Maaouia contra França* es tractava d'establir el dret d'un estranger de quedar-se en el territori, independentment els possibles riscos que el seu allunyament podia suposar-li. Deixant de banda la qüestió de si la prohibició temporal d'entrada en el territori és o no una mesura repressiva i, per tant, una sanció de caràcter penal (o només una mesura policial o administrativa), el problema era si en un procediment sobre prohibició d'entrada en el territori, de la mateixa manera que podria passar en un procediment d'asil, eren en joc drets de caràcter civil. En el cas, el govern francès defensava que el que estava en joc en els procediments relatius a l'entrada, l'estada o l'allunyament d'estrangers eren *actes regits pel dret públic*, que són manifestació de l'exercici de *prerrogatives de poder públic*⁶².

El TEDH va fer una interpretació de tipus sistemàtic i *a contrari*, que va recolzar acríticament en la doctrina anterior de la Comissió. En primer lloc, el TEDH va recordar que calia interpretar les disposicions del Conveni tenint en compte *el conjunt del sistema convencional, incloses les disposicions dels protocols*, i va considerar que, de les garanties procedimentals previstes a l'article 1 del Protocol núm. 7 aplicables en cas d'expulsió d'estrangers i del preàmbul d'aquest protocol, resultava que *els estats eren conscients que l'article 6§1 no s'aplicava als procediments d'expulsió d'estrangers*⁶³. Per al Tribunal,

⁶¹ ECRE, "Fair and Efficient Procedures for Determining Refugee Status: A Proposal", *IJRL*, vol. 3, núm. 1, 1991, pàgs. 116-117.

⁶² TEDH, sentència de 5 d'octubre de 2000, afer *Maaouia c. France*, núm. 39652/98, §28.

⁶³ TEDH, sentència de 5 d'octubre de 2000, afer *Maaouia c. France*, núm. 39652/98, §36. El Tribunal dona importància al fet que, segons ell, aquesta interpretació està corroborada per l'informe explicatiu relatiu al Protocol núm. 7, segons el qual, l'article 1 d'aquest Protocol va ser afegit al Conveni *per tal de donar a aquestes persones garanties mínimes en cas d'expulsió del territori d'un part contractant. Això permet assegurar-los una protecció en els casos que no estan coberts per altres instruments internacionals i introduir aquesta protecció en el sistema de control previst pel Conveni* (§36). L'informe explicatiu també recordava la doctrina de la Comissió segons la qual les decisions d'expulsió d'estrangers no impliquen els seus drets i obligacions de caràcter civil, i establia que l'article 1 de l Protocol núm. 7 *no afectava aquesta interpretació de l'article 6* (§36).

adoptant l'article 1 del Protocol núm. 7 que conté garanties específiques per als procediments d'expulsió dels estrangers, els estats han marcat clarament la seva voluntat de no incloure aquests procediments en l'àmbit d'aplicació de l'article 6§1 del Conveni⁶⁴.

Finalment, la sentència va concloure que l'article 6§1 del Conveni no era aplicable al cas, basant-se en què

les decisions relatives a l'entrada, l'estada i l'allunyament dels estrangers no comporten litigis sobre drets o obligacions de caràcter civil del demandant ni es refereixen al fonament d'una acusació en matèria penal adreçada contra ell, en el sentit de l'article 6§1 del Conveni⁶⁵.

Adjunta a la sentència del Tribunal europeu de drets humans del cas *Maaouia*, es va emetre una opinió dissident del jutge Loukis Loucaides, a la qual es va adherir el jutge Kristaq Traja, criticant la posició de la majoria del tribunal, i on es considera que l'exclusió dels afers relatius a l'entrada, estada i expulsió d'estrangers de l'àmbit d'aplicació de l'article 6 no s'ajusta als objectius i propòsits del Conveni Europeu ni és coherent amb la interpretació àmplia i evolutiva que el tribunal ha anat fent de la disposició. D'acord amb aquests jutges és erroni mantenir que l'expressió *drets civils* restringeix l'àmbit d'aplicació del dret d'accedir a un procediment equitatiu fins al punt que ho fa el Tribunal ja que: primer, *si una expressió es presta a diverses interpretacions, la que afaforeix els drets individuals està més d'acord amb l'objecte i el propòsit del Conveni i ha de tenir sempre la preferència*; i, segon, tenint en compte que el propi Tribunal Europeu ja ha reconegut l'aplicabilitat de l'article 6§1 en afers que no pertanyen a l'esfera del dret privat, és a dir, que ja ha travessat el llindar de les relacions entre particulars en la interpretació de l'abast de la disposició, el raonament i les distincions que manté *semblen artificials* fins al punt de resultar insostenibles⁶⁶. Segons l'opinió dissident, en aquests tipus de casos s'escau fer una interpretació teleològica de l'article 6§1 d'acord amb el context del termes el significat dels quals es discuteix, més ajustada a l'objecte i el propòsit de la mateixa disposició. Per això, es defensa que *l'expressió "de caràcter civil" ha d'entendre's com abastant tots els altres drets que no revesteixen un caràcter penal*. Per als jutges Loukis Loucaides i Kristaq Traja,

l'objecte i el propòsit de l'article 6 eren assegurar, mitjançant garanties judicials, una justa administració de justícia a tothom que reivindicu els seus drets o obligacions o desitgi obtenir una decisió respecte del seu afer. Seria absurd admetre que les garanties judicials només estaven concebudes per a certs drets, en particular els que hi ha entre individus, i no per a tots els drets i obligacions inclosos els que existeixen enfront de l'administració quan s'imposa un control judicial independent especialment per a la protecció dels individus

⁶⁴ *Ibidem*, §37.

⁶⁵ *Ibidem*, §40.

⁶⁶ *Opinion dissidente de M. le juge Loucaides a la quelle M. le juge Traja déclare se rallier*, TEDH, sentència de 5 d'octubre de 2000, afer *Maaouia c. France*, núm. 39652/98.

*contra les poderoses autoritats de l'estat*⁶⁷.

D'altra banda, tenint en compte que el mateix Conveni Europeu preveu que els drets en ell previstos no podran ser interpretats com restringint o limitant en la forma que sigui els drets reconeguts pel Dret o en altres instruments internacionals, seria absurd pensar que drets que s'afegeixen amb posterioritat al Conveni de base de 1950 poden ser interpretats com limitant els drets ja previstos en ell. El Protocol núm. 7 aporta garanties administratives en els procediments d'expulsió d'estrangers, que no tenen res a veure i que són, per tant, absolutament compatibles i complementàries de les garanties judicials relatives a un procediment equitatiu de l'article 6§1 del Conveni Europeu.

La jurisprudència del Tribunal Europeu de drets humans en el cas *Maaouia* ha estat reiterada en casos posteriors, com en el cas *Horacio Sardinias Albo contra Itàlia*⁶⁸, o en el cas *Mamatkulov and Askarov contra Turquia*⁶⁹.

518. ELS PROCEDIMENTS D'ASIL, D'ACORD AMB LA DOCTRINA DE LA COMISSIÓ. La Comissió es va pronunciar directament sobre si els procediments d'asil havien de respectar els requisits del procediment equitatiu de l'article 6 en dues decisions de 1986 i 1987, relatives a demandes contra el Regne Unit. En elles, la Comissió va descartar que l'article 6§1 fos aplicable a una demanda d'asil, considerant que per part de l'estat es tractava de decisions *administratives de naturalesa discrecional, que no comporten la determinació de drets civils dels demandants*⁷⁰.

En el segon cas, el demandant argumentava que no havia disposat d'un recurs efectiu i independent contra la decisió del *Secretary of State* britànic de refusar-li el reconeixement de la condició de refugiat, i es basava en què, d'acord amb l'ACNUR, aquest estatut no és atorgat o concedit per part de l'estat, sinó només *reconegut*, la qual cosa no fa que un refugiat deixi de ser-ho pel fet de no ser reconegut com a tal per les autoritats d'un estat. La Comissió va refusar l'aplicabilitat de l'article 6§1 manifestant que:

La Comissió ha declarat constantment que els procediments seguits per les

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ TEDH, decisió sobre admissibilitat de 8 de gener de 2004, afer *Horacio Sardinias Albo v. Italy*, núm. 56271/00, §3.b). Es tractava d'un cas d'extradició d'una persona originària de Cuba cap als EEUU d'Amèrica, país del qual havia esta nacionalitzat, per delictes relacionats amb tràfic de drogues.

⁶⁹ TEDH, sentència de 4 de febrer de 2005, afer *Mamatkulov and Askarov v. Turkey*, núms. 46827/99 i 46951/99, §82. On es plantejava l'aplicabilitat de l'article 6§1 en el procediment pel qual es va extradir dues persones (demandants d'asil a Turquia) acusades d'homicidi i d'actes terroristes envers el país d'origen, l'Uzbequistan. La resolució del TEDH en aquest cas ha estat criticada perquè des d'un punt de vista substantiu, *els procediments d'extradició poden ser vistos com a comportant una acusació, encara que "formalment" no sigui part del procediment penal sinó un acte administratiu separat*; Bryony Poynor, "*Mamatkulov and Askarov v. Turkey: The Relevance of Article 6 to Extradition Proceedings*", *EHRLR*, núm. 4, 2005, pàg. 417.

⁷⁰ CsseDH, decisió de 16 d'octubre de 1986, afer *L. [Lukka] v. United Kingdom*, núm. 12122/86, §1 (de l'apartat *En Dret*).

*autoritats públiques per decidir si un estranger pot ser autoritzat a restar en un país o ha de ser-ne expulsat són de naturalesa discrecional, administrativa, i no comporten decisions sobre drets de caràcter civil en el sentit de l'article 6.1 del Conveni (...). La Comissió considera que les demandes d'asil polític pertanyen a aquesta categoria de procediments que no comporten decisions sobre drets civils en el sentit de l'article 6, paràgraf 1 del Conveni*⁷¹.

La posició contrària a aquesta, defensada per la doctrina, es recolza en la idea que el Tribunal Europeu mai ha definit què són litigis civils, o procediments on es dirimeixen conflictes basats en drets i obligacions de caràcter civil. El Tribunal i la Comissió, més aviat han anat fent un treball de demarcació amb una interpretació evolutiva de la noció, a través del concepte de les *nocions autònomes*⁷², i ampliant progressivament l'àmbit d'aplicació de l'exigència d'aplicar processos equitatius. Fins ben entrats els anys noranta, tant el Tribunal com la Comissió van fer una interpretació de la noció de drets civils essencialment material, descartant-se criteris orgànics o formals (els drets civils no són només els de les relacions privades entre particulars) i, progressivament, *la jurisprudència evoluciona en el sentit d'una ampliació progressiva de la noció de litigi civil envers l'esfera de les relacions entre les autoritats i els particulars*⁷³.

El Tribunal Europeu de drets humans primer va establir que, per a que fos aplicable l'article 6 no calia que les parts en el litigi fossin persones privades i, després, que en cas que una de les parts fos una autoritat pública, no era decisiu que actués com a persona privada o com a detentora de poder públic, marcant una tendència cap a la interpretació extensiva de la noció de litigi de caràcter civil. Per tot això, com exposen Jean-Claude Soyer i Michel de Salvia, resulta que només quan s'està dins del nucli dur de l'*imperium* de l'estat, quan *el poder discrecional de l'administració es presenta com a irreductible* es descarta l'aplicació de l'article 6, cosa que fa que entrin dins del seu àmbit d'aplicació litigis *fortament impregnats de dret públic*⁷⁴.

519. EL CAS PEÑAFIEL SALGADO CONTRA ESPANYA: ELS PROCEDIMENTS D'ASIL, D'ACORD AMB EL

⁷¹ CsseDH, decisió de 9 de novembre de 1987, afer *V.P. v. United Kingdom*, núm. 13162/87, §2 (de l'apartat *En Dret*). La Comissió va reiterar la mateixa interpretació, per exemple, a CsseDH, decisió de 7 de setembre de 1998, afer *Özdemir v. The Netherlands*, núm. 35758/97, §1 (de l'apartat *En Dret*).

⁷² Sobre aquest treball de demarcació, Joël Andriantsimbazovina, "Les droits de procédure", (...) 3. La matière administrative", Frédéric Sudre, ..., *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Paris: PUF, 2003, pàgs. 172-181.

⁷³ Sylvie Sarolea, "Les droits procédurals du demandeur d'asile au sens des articles 6 et 13 de la Convention Européenne des droits de l'homme", *loc. cit.*, pàg. 128-129. Un exemple d'això va ser l'aplicació de l'article 6 a un cas en què el procediment administratiu relatiu a la retirada de l'autorització per exercir la medicina en una clínica privada es va considerar un litigi de caràcter civil, tenint en compte que les activitats mèdiques es podien resumir des del punt de vista jurídic en relacions de dret privat entre metges i pacients. TEDH, sentència de 28 de juny de 1978, afer *König v. Germany*, núm. 6232/73, §91-95.

⁷⁴ Jean-Claude Soyer, Michel de Salvia, "Article 6", Louis-Edmond Pettiti, Emmanuel Decaux, i Pierre-Henri Imbert (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris: Economica, 1995, pàg. 251.

TEDH. El Tribunal Europeu també va refusar l'aplicabilitat de l'article 6§1 en un cas on es plantejava si s'havia vulnerat el dret d'un demandant d'asil de prevaler-se del dret de gaudir d'un procediment equitatiu en el procés seguit per a la seva extradició cap a l'Equador des d'Espanya, després que en via administrativa se li hagués refusat l'asil. L'extradició va ser decidida per l'Audiència Nacional, i va ser executada sense esperar la resolució del recurs presentat contra la denegació de l'asil⁷⁵.

El demandant, José Alejandro Peñafiel Salgado, havia demanat asil a Espanya després que comencessin contra ell i d'altres persones procediments penals a l'Equador per estafes bancàries i altres delictes relacionats. Abans que la demanda d'asil fos resolta, José Alejandro Peñafiel Salgado va ser detingut al Líban mentre era en viatge de negocis, des d'on va iniciar-se un procediment d'extradició cap a l'Equador via París. A França va reiterar la petició d'asil, i d'allí va ser conduït a Espanya en virtut de la Convenció de Dublín. El 23 d'octubre de 2000 el Ministre de l'Interior espanyol va refusar l'asil, i el 5 de febrer de 2001 l'Audiència Nacional va decidir la continuació de l'extradició, suspesa durant l'examen en primera instància de la sol·licitud d'asil.

El demandant va presentar un recurs davant el TEDH, al·legant, entre d'altres motius, que s'havia vulnerat el seu dret de gaudir d'un procés equitatiu perquè les autoritats espanyoles, suposadament, no van examinar el fonament de l'extradició ni revisar l'extradició concedida pel Líban en base a documentació falsejada en la seva traducció a l'àrab; i perquè l'extradició va ser decidida per l'Audiència Nacional després del refús de l'asil, sense esperar el resultat del recurs presentat contra aquesta denegació, adoptada després d'un examen superficial de la petició d'asil.

El Tribunal Europeu va acarar separadament l'aplicabilitat de l'article 6 del Conveni Europeu a l'extradició del demandant i al procediment d'asil seguit a Espanya. En tots dos casos va concloure la incompatibilitat *ratione materiae* de la demanda amb les disposicions del Conveni. Per al Tribunal, el dret de no ser extradit no forma part dels drets i llibertats reconeguts al Conveni, i el procediment d'extradició no comporta un litigi sobre drets o obligacions de caràcter civil ni de caràcter penal. Espanya únicament havia d'assegurar-se que a l'Equador José Alejandro Peñafiel Salgado no seria sotmès a tractaments contraris als articles 2 i 3 del Conveni. Quant a la demanda d'asil, el TEDH va recordar que ni el Conveni ni els Protocols consagren el dret a l'asil polític, i que *d'això s'extreu que aquesta part de la demanda és també incompatible ratione materiae amb les disposicions del Conveni*⁷⁶.

El Tribunal Europeu de drets humans va tancar la qüestió amb un raonament simple però poc convincent, perquè del què es tractava no era d'inferir que l'article 6§1 no s'aplicava als drets no reconeguts al Conveni Europeu, sinó d'establir si el dret d'asil o el dret de no ser refusat cap un lloc on es tem patir persecució o violació de drets

⁷⁵ TEDH, decisió sobre admissibilitat de 16 d'abril de 2002, afer *Peñafiel Salgado c. l'Espagne*, núm. 65964/01, §1.

⁷⁶ *Ibidem*.

humans comporta un litigi en què són en joc drets subjectius o *drets de caràcter civil*, en la terminologia que es va utilitzar fa més de mig segle en el Conveni. Si això és així, el dret de gaudir d'un procediment equitatiu és independent del dret substantiu que s'invoca en el procediment i, per tant, el dret de beneficiar de les garanties de l'article 6§1 és independent del fet que no es reconeix el dret d'asil en el Conveni ni en els Protocols addicionals.

Seguint la doctrina del Tribunal Europeu, alguns tribunals interns dels estats també han refusat expressament l'aplicabilitat de l'article 6§1 del Conveni en els procediments d'asil, com en casos resolts per tribunals belgues⁷⁷ i francesos⁷⁸.

520. VALORACIÓ GENERAL DE LA INTERPRETACIÓ DE L'ARTICLE 6 EN RELACIÓ ALS PROCEDIMENTS D'ASIL. El dret dels refugiats de gaudir d'un procediment equitatiu per a la concessió d'asil i/o el reconeixement de la condició de refugiat no és tant diferent, conceptualment, del dret d'una persona amb deficiències físiques, estrangera i resident en un estat part de tenir un procediment equitatiu per demanar gaudir dels beneficis socials previstos a la normativa interna, en què el TEDH sí ha reconegut l'aplicabilitat de l'article 6⁷⁹. Per a una persona que, per les seves circumstàncies personals té un dret subjectiu de ser tractada d'una determinada manera o d'obtenir beneficis específics, el dret de gaudir d'un procediment equitatiu en relació a aquests drets és el mateix quan s'invoquen enfront de l'estat que quan s'invoquen contra un altre particular. Malgrat això, el Tribunal Europeu de drets humans, encara no ha travessat la línia que separa, en matèria d'estrangeria, el dret dels estrangers que es troben en situació de necessitat de protecció d'entrar i residir provisionalment en el territori d'un estat a títol d'asil, de la resta de drets, inclosos quan en són titulars persones no nacionals.

El Tribunal Europeu de drets humans, igual que feia la Comissió, com Sylvie Sarolea apuntava ja a finals dels anys noranta, *desconeix la distinció d'altra banda evident a fer entre els estrangers que tenen un dret d'estar-se en el territori d'un estat tercer i els estrangers que demanen a aquest estat que els accepti com a immigrants*⁸⁰. El Tribunal, igual que feia la Comissió *peca per manca de matisos*⁸¹, si és que es pot

⁷⁷ Cour d'Arbitrage (Bèlgica), sentència de 18 de març de 1997, n° 14/97, *RBDI*, vol. XXIX, 1996/2, pàg. 675, sentència criticada en aquest punt per Sylvie Sarolea, "La nature civile du droit des réfugiés en droit belge et au sens de la Convention européenne des droits de l'homme. Essai de définition et analyse des enjeux", *RBDI*, vol. XXIX, 1996/2, pàgs. 649-652.

⁷⁸ El *Conseil d'État* francès, per exemple, ho va fer en una decisió de 2004, en la que va considerar que, en la mesura que la *Commission des Recours des Réfugiés* no decidia sobre *contestations à caractère civil ni en matière pénale, le moyen tiré de l'incompatibilité de ces dispositions législatives avec les stipulations du premier paragraphe de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales est inopérant*. Conseil d'État (Fr), decisió de 28 de juliol de 2004, afer *Mme Trin épouse Mer*, núm. 229053, *RFDA*, núm. 5, 2004, pàg. 1041.

⁷⁹ TEDH, sentència de 30 de setembre de 2003, afer *Koua Porriez c. France*, núm. 40892/98, §56-57.

⁸⁰ Sylvie Sarolea, "Les droits procéduraux du demandeur d'asile au sens des articles 6 et 13 de la Convention Européenne des droits de l'homme", *loc. cit.*, pàg. 130.

⁸¹ *Ibidem*.

parlar de *matís* en el cas de la diferència entre els estrangers que tenen una necessitat de protecció que els fa refugiats i/o mereixedors d'asil i que els investeix del dret subjectiu d'entrar i restar provisionalment en el territori d'un estat estranger, i les persones que, per més motius que tinguin per voler emigrar, només tenen una pretensió jurídica de ser admesos en un país del qual no són nacionals. Per al Tribunal, com abans per a la Comissió, la sol·licitud d'asil és únicament una demanda d'entrar en el territori d'un estat estranger que es resol amb una decisió administrativa fruit de competències discrecionals de l'estat, independentment del fet que, del dret internacional (*non-refoulement*)⁸² i del dret intern d'alguns estats resulti el dret d'entrar i romandre provisionalment en un estat del qual no s'és nacional. I independentment del fet que, la consolidació progressiva de la jurisprudència del propi TEDH respecte de l'abast de l'article 3 (i en menor mesura de l'article 8) condueixen inexorablement a la reducció dels poders residuals dels estats en matèria d'allunyament de persones estrangeres .

b. Les garanties procedimentals que resulten de l'article 13 del CEDH i respecte de l'abast de l'asil provisional dels demandants d'asil

521. APLICABILITAT DEL DRET A UN RECURS EFECTIU ALS PROCEDIMENTS D'ASIL. Havent descartat el Tribunal Europeu de drets humans l'aplicabilitat de l'article 6§1 als procediments d'asil i als procediments relatius a l'entrada, estada i sortida del territori dels estrangers en general, les úniques garanties de procediment en que els demandants d'asil poden emparar-se d'acord amb el Conveni Europeu, són les de l'article 13. Segons aquest article:

Tothom de qui han estat violats els drets i les llibertats reconeguts en el present Conveni ha de tenir un recurs efectiu davant d'una autoritat nacional encara que la violació hagi esta comesa per persones que actuen en exercici de les seves prerrogatives públiques

Aquestes garanties només poden invocar-se en l'examen de greuges basats en drets substantius previstos en el Conveni que, en el cas dels demandants d'asil, acostumen a ser els drets de l'article 3 i de l'article 8, en risc de ser vulnerats si s'executen mesures d'allunyament del territori. No poden, per tant, invocar-se en procediments per reconèixer l'estatut de refugiat o l'asil, perquè no són drets substantius previstos en el Conveni europeu. Per això, l'article 13 només té una *autonomia relativa*, ja que ha de ser invocat juntament amb un altre dret previst en el Conveni Europeu, tot i que la possibilitat que el Tribunal el consideri vulnerat no depèn de què també hagi estat considerat vulnerat el dret juntament amb el qual s'invoca. Basta que el Tribunal

⁸² Defensa que la Convenció de Ginebra comporta un veritable dret per als demandants d'asil i que per tant, ha de ser considerat com un dret de caràcter civil als efectes de l'article 6, per exemple, Arnaud Lyon Caen, "Quel traitement pour les demandeurs d'asile? L'applicabilité de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme", *Actes*, núm. 74, abril de 1991, pàg. 10.

consideri que els greuges invocats en relació als drets substantius siguin *defensables*⁸³. En casos l'allunyament de demandants d'asil, un argument pot ser considerat no *defensable* si l'ACNUR ha refusat diverses vegades concedir refugi per la persecució al·legada⁸⁴.

Si bé en un principi el Tribunal europeu considerava el recurs a l'article 13 com a subsidiari de la garantia de l'article 6, cosa que el duia a no examinar el greuge basat l'absència d'un recurs efectiu si ja s'havia conclòs una violació del dret a un recurs equitatiu d'acord amb l'article 6, des de la sentència *Kudla* de 2000 va reconèixer i afirmar expressament el caràcter complementari i no excloent dels dos drets. La independència entre els dos articles està basada en la diferència dels greuges que ambdós emparen, com a mínim, quan la queixa està basada en el caràcter no raonable de la durada del procediment. En el cas *Kudla*, el caràcter no raonable de la durada del procés fonamentava la violació de l'article 6§1, mentre que la violació de l'article 13 resultava de l'absència en dret intern d'un recurs que permetés invocar i aplicar el dret d'accedir a un procediment on es pogués donar satisfacció als drets que s'invocaven en un termini raonable⁸⁵. En altres casos, la violació de l'article 6 pot esgotar les possibilitats d'examinar l'afer d'acord amb l'article 13, o bé, en el cas de les demandes basades en la violació d'articles que tenen un component procedimental (per exemple, articles 2, 3, 5 i 8) la constatació de la violació d'aquests pot fer inoperant la reclamació basada en l'article 13. Malgrat tot, la jurisprudència del TEDH expressa en els darrers anys una *regeneració* de l'article 13 i una *normalització* del dret a un recurs efectiu⁸⁶, essent-ne un bon exemple la sentència del cas *Kudla*.

522. REQUISITS GENERALS DEL CONCEPTE DE *RECURS EFECTIU*. D'acord amb la interpretació del TEDH, l'exigència d'un recurs efectiu comporta que:

1. quan una persona invoca raonablement (*arguable claim* o *grief defendable*) que és víctima d'una violació dels drets recollits en el Conveni, ha de tenir un recurs davant d'una autoritat nacional per tal que sigui determinat el seu dret i, si s'escau, per tal que obtingui reparació;
2. l'autoritat competent per examinar els greuges invocats no cal que sigui una

⁸³ TEDH, sentència de 26 de març de 1987, afer *Leander v. Sweden*, núm. 9248/81, §77 a); TEDH (secció 3ª), sentència de 5 de febrer de 2002, afer *Čonka contre Belgique*, núm. 51564/99, § 76; TEDH, sentència de 12 d'abril de 2005, afer *Chamaïev et 12 autres c. Géorgie et Russie*, núm. 36378/02, §444.

⁸⁴ El TEDH va considerar en un cas contra Turquia de 2000 que, certament, quan un demandant d'asil té un argument defensable (*arguably claim*) sobre que si és expulsat estarà exposat a tractaments contraris a l'article 3, cal que el dret intern de l'estat que podria efectuar l'allunyament garanteixi la disponibilitat d'un recurs per aplicar el dret de no patir aquests tractaments. Però, en el cas concret, la demanda no era defensable pel que feia al seu contingut, cosa que quedava demostrada principalment pel refús en tres ocasions de les demandes d'asil per part de l'ACNUR. TEDH, sentència d'11 de juliol de 2000, afer *G.H.H. and others v. Turkey*, núm. 43258/98, §36-38.

⁸⁵ TEDH, sentència de 26 d'octubre de 2000, afer *Kudla v. Poland*, núm. 30210/96, §147-160.

⁸⁶ Joël Andriantsimbazovina, "Le droit a un recours effectif", Frédéric Sudre, ..., *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Paris: PUF, 2003, pàgs. 308-309.

autoritat judicial, però, si no ho és, els poders i garanties que té són importants per determinar si el recurs és efectiu;

3. encara que un recurs en concret no satisfaci per ell mateix les exigències d'un recurs efectiu d'acord amb l'article 13, el conjunt de recursos previstos a la normativa interna pot fer-ho⁸⁷.

En els afers en què els que invoquen ser víctimes de la violació dels drets del Conveni Europeu són demandants d'asil i estrangers, en general, l'objecte del recurs és impedir que es procedeixi a l'allunyament de la persona del territori de l'estat part. En aquests casos, el Tribunal Europeu ha interpretat l'exigència d'efectivitat del recurs intern previst com a comportant, també, efectes suspensius de la mesura d'allunyament, com es veurà més endavant.

Per al TEDH, quan un greuge basat en un dret del Conveni és reputat ser manifestament infundat en la decisió d'admissibilitat de la demanda, ja no pot ser considerat com a *defensible*, cosa que duu a descartar que es pugui haver comès una violació de l'article 13 en connexió amb el greuge considerat *indefensible*. El raonament del Tribunal, en aquest punt, com ha exposat Jean-Yves Carlier, confon el dret amb la seva garantia, quan aquesta garantia és una condició del dret i no a la inversa⁸⁸. Una cosa és, com passa en el procediment d'admissibilitat davant del TEDH o en procediments interns dels estats, que en un procediment accelerat o d'admissibilitat efectiu es consideri que un greuge està manifestament mal fonamentat i, una altra cosa ben diferent és *permettre que no hi hagi cap recurs efectiu contra una violació d'un dret humà perquè, en el cas concret, el greuge està manifestament mal fonamentat*⁸⁹.

La iniquitat d'aquesta interpretació del TEDH es va manifestar clarament en l'afere *Čonka contra Bèlgica*, en què, tot i que els demandants, només gitanos i txecs, havien rebut un tracte que, si no ho era, atansava els límits de ser humiliant (després d'un engany perquè es presentessin davant de les autoritats administratives per facilitar la seva expulsió, se'ls va estampar un número a la mà -manifestació clara històricament de despersonalització- per al seu embarcament en un avió), el Tribunal va dir que com que no es trobaven sotmesos a una amenaça personal a la República Txeca, l'article 3 no era aplicable i, així, tampoc l'article 13 en relació amb l'article 3⁹⁰.

523. ELS REQUISITS DEL RECURS EFECTIU EN ELS AFERS D'ALLUNYAMENT DE DEMANDANT D'ASIL:

⁸⁷ TEDH, sentència de 26 de març de 1987, afer *Leander v. Sweden*, núm. 9248/81, §77.

⁸⁸ Jean-Yves Carlier, "La détention et l'expulsion collective des étrangers", *RTDH*, vol. 53, 2003, pàg. 213. També en aquest sentit, Gro Hillestad Thune, "The Right to an Effective Remedy in Domestic Law: Article 13 of the European Convention on Human Rights", Donna Gomien (ed.), *Broadening the Frontiers of Human Rights. Essays in Honour of Asbjørn Eide*, Oslo: Scandinavian University Press, 1993, pàg. 86.

⁸⁹ *Ibidem*.

⁹⁰ TEDH (secció 3^a), sentència de 5 de febrer de 2002, afer *Čonka contre Belgique*, núm. 51564/99, §76.

LA QUALITAT DEL RECURS. Per al Tribunal Europeu la màxima de l'article 13 és l'efectivitat del recurs del qual disposa la víctima de la violació d'un dret del Conveni Europeu, d'acord amb la pràctica i el dret intern de l'estat responsable. L'efectivitat del recurs s'interpreta flexiblement, sense exigències concretes, ja que la manera com els estats posen remei a les violacions dels drets del Conveni forma part del marge de discrecionalitat que aquests tenen, sempre que la víctima hagi pogut realment fer valer útilment els seus drets.

En el cas *Vilvarajah contra el Regne Unit*, el Tribunal Europeu va haver de valorar l'efectivitat del recurs de què disposava un demandant d'asil contra un allunyament ja executat. Nadarajah Vilvarajah va ser reenviat al seu país d'origen després que se li refusés l'estatut de refugiat i, al cap d'un temps, va ser autoritzat a retornar al Regne Unit. Va invocar l'article 13 en relació amb l'article 3 que, en el cas concret, el TEDH va considerar no vulnerat per manca de motius seriosos i consistents per creure que el reenviament del demandant i de la seva família els exposava a un *risc real de patir tractaments inhumans o degradants en el sentit de l'article 3*⁹¹.

D'acord amb el Tribunal, per complir amb el requisit d'efectivitat, el recurs ha de permetre a l'autoritat competent conèixer el contingut del greuge, i oferir una reparació adequada:

*L'article 13 garanteix l'existència en dret intern d'un recurs que permeti prevaler-se dels drets i llibertats del Conveni tal com s'hi poden trobar consagrats. Té, doncs, per conseqüència exigir un recurs intern que habiliti l'«instància» nacional competent a conèixer el contingut del greuge basat en el Conveni i, a més, a oferir la reparació adequada. No va tant enllà com per exigir una forma particular de recurs, car els estats parts tenen un marge d'apreciació per ajustar-se a les obligacions que els imposa. D'altra banda, l'«efectivitat» que exigeix del recurs no depèn de la certesa d'un resultat favorable*⁹².

En aquest cas, els demandants al·legaven que el recurs judicial de què disposaven contra el refús d'asil per part del *Secretary of State* no permetia un control sobre els fets del cas i que, precisament, allò que impugnaven era l'apreciació dels riscos en el país d'origen (Sri-Lanka) que s'havia fet per refusar l'asil. El TEDH va considerar, en contra del parer de la Comissió⁹³, que era suficient per complir amb els requisits de l'article 13 el control judicial existent, que podia

jutjar com il·lícit l'exercici del poder discrecional de l'executiu en tant que il·legal, irracional o amb irregularitats processals, i en el que el criteri de l'«irracionalitat» era que cap Secretary of State raonable hauria emès una ordre

⁹¹ 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, §115.

⁹² *Ibidem*, §122.

⁹³ CsseDH, informe de 8 de maig de 1990, afer *Vilvarajah, Skandarajah, Sivakumaran, Navratnasingham and Rasalingam v. United Kingdom*, núms. 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87 i 13448/87, §155-160.

*de lliurament en les circumstàncies del cas*⁹⁴.

Cal entendre que el Tribunal Europeu requereix, tot i que no ho diu expressament, que, per ser efectiu d'acord amb l'article 13, un recurs ha de suposar que l'autoritat que el resol pugui realment tenir en compte les circumstàncies del cas, és a dir que ni que només sigui indirectament pugui valorar els fets, encara que formalment no es pugui revisar l'establiment d'aquests que ha realitzat la instància anterior. Des d'aquest punt de vista, la qualitat requerida de la jurisdicció habilitada per atendre el recurs dels demandants d'asil contra una suposada violació de l'article 3 en cas d'allunyament, no atansa el grau de la *plena jurisdicció* exigint en el cas de l'article 6, però s'hi acostava. L'òrgan que resol un recurs *efectiu* en el sentit de l'article 13 ha de poder valorar el conjunt de circumstàncies del cas per poder donar satisfacció a la persona que considera que li han estat vulnerats drets del Conveni Europeu.

524. LA QUALITAT DEL RECURS QUAN S'AL·LEGUEN MOTIUS DE SEGURETAT NACIONAL I ÉS EN RISC DE SER VIOLAT L'ARTICLE 3 DEL CONVENI EUROPEU. En el cas *Chahal*, també contra el Regne Unit, el Tribunal Europeu de drets humans va considerar, respecte de l'al·legació de violació de l'article 13 en relació amb l'article 3, que no es podia mantenir el mateix criteri que a la sentència del cas *Vilvarajah* respecte de l'efectivitat dels recursos previstos en el Regne Unit. En el cas *Chahal*, que es referia a un militant per la causa d'una pàtria sikh independent a l'Índia, el *Secretary of State* havia invocat motius de seguretat nacional per justificar les seves decisions d'expulsió del territori. Karamjit Singh Chahal va demanar asil poc després que recaigués sobre ell una decisió d'expulsió, i l'asil li va ser refusat pel mateix *Secretary of State*. La *High Court*, encarregada de revisar les dues decisions relatives a *Chahal*, la de l'expulsió i la de la denegació d'asil, tenia únicament un poder limitat de revisió de les decisions administratives degut a la invocació de la seguretat nacional. Aquest fet impedia al tribunal examinar els elements de prova que havien conduït a la consideració del demandant com un perill per la seguretat nacional i dificultava la valoració dels riscos de violació de l'article 3.

El Tribunal Europeu va considerar que, si bé la utilització d'informacions confidencials podia ser indispensable en afers relatius a la seguretat nacional d'un país, això no podia suposar que les autoritats de l'estat escapolissin per aquest motiu el control efectiu dels seus actes d'autoritat. Tots els *amicus curiae* que van intervenir en aquest afer, Amnistia Internacional, el *Centre for Advice on Individual Rights in Europe* ("AIRE" Centre), el *Joint Council for the Welfare of Immigrants*, entre d'altres, havien considerat que el control jurisdiccional disponible (que, de fet, hauria estat conforme a la Directiva 2005/85/CE de procediments) no constituïa un recurs efectiu en els afers de seguretat nacional. D'acord amb aquestes organitzacions, també en aquests afers calia

⁹⁴ 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, §123.

garantir que un òrgan independent apreciés els fets i els elements de la causa per tal d'adoptar una decisió vinculant, i el dret comparat oferia exemples per tal de garantir els drets dels afectats per aquests casos tot incorporant cauteles per garantir la protecció de l'estat⁹⁵.

El Tribunal va considerar que no era aplicable al risc de violació de l'article 3 la seva jurisprudència anterior en què havia establert que, quan estiguessin en joc qüestions de seguretat nacional el recurs havien de ser *tant efectius com es pogués* (en casos en què es tractava d'establir suposades violacions dels articles 8 i 10). Si hi ha un risc real de patir tortura o tractaments inhumans o degradants, en la mesura que garantint l'article 3 garanteix drets de caràcter absolut, per al tribunal, *les qüestions de seguretat nacional no han de ser preses en consideració*⁹⁶. En aquests casos

*tenint en compte el caràcter irreversible del dany que es pot produir si el risc de maltractaments es concreta i vista la importància que el Tribunal atorga a l'article 3, la noció de recurs efectiu en el sentit de l'article 13 exigeix examinar de forma independent l'argument sobre que existeixen motius seriosos per témer un risc real de tractaments contraris a l'article 3. Aquest examen no ha de tenir en compte allò que l'interessat ha pogut fer per a que una expulsió estigui justificada ni l'amenaça a la seguretat nacional eventualment percebuda per l'estat que expulsa*⁹⁷.

D'acord amb el Tribunal, no cal que sigui una autoritat judicial la que faci aquest examen, com d'altra banda, ja havia estat establert. Però, en el cas concret, ni els tribunals britànics ni el Comitè consultiu, a qui s'adreçaven els afers que no podien ser objecte d'apel·lació normal per motius de seguretat nacional, no havien pogut, segons el TEDH, controlar la decisió d'expulsar Chahal cap a l'Índia. Les decisions del Comitè consultiu no eren vinculants per al *Secretary of State* ni fetes públiques i, en el procediment seguit, el demandant no podia ser-hi representat ni defensat i, en aquestes condicions, aquest òrgan no podia ser considerat com satisfent les garanties de procediment exigides per l'article 13⁹⁸.

Quan del què es tracta és de preservar el contingut de drets de l'article 3, el caràcter absolut d'aquests drets, com es veu a *Chahal*, exigeix una garantia reforçada del dret de les persones de gaudir d'un *recurs efectiu*. En el cas dels demandants d'asil, el risc que tenen de ser perseguits o de patir tractaments inhumans o degradants si són refusats o retornats als seus països d'origen, fa que hagin de poder prevaler-se d'un recurs davant d'una autoritat independent, amb competència per considerar totes les circumstàncies pertinents de l'afer, i que pugui valorar efectivament una decisió de l'administració que impliqui l'allunyament.

⁹⁵ TEDH, sentència de 15 de novembre de 1996, afer *Chahal v. United Kingdom*, núm. 22414/93, § 144.

⁹⁶ *Ibidem*, §150.

⁹⁷ *Ibidem*, §151.

⁹⁸ *Ibidem*, §153-154.

525. LA QUALITAT DEL RECURS QUAN S'AL·LEGUEN MOTIUS DE SEGURETAT NACIONAL I PODEN SER VIOLATS DRETS DIFERENTS DELS DE L'ARTICLE 3. Alguns anys després de *Chahal*, el Tribunal Europeu de drets humans va generalitzar les exigències relatives a la qualitat del recurs també a afers en què s'al·legaven violacions de drets diferents dels de l'article 3. En el cas *Al-Nashif contra Bulgària* de 2002, per exemple, es tractava d'un palestí apàtrida nascut a Kuwait, casat (dues vegades) a qui les autoritats búlgares van ordenar l'allunyament i retirar el permís de residència permanent basant-se en el motiu que el demandant era un perill per a la seguretat nacional (era professor d'Islam i membre d'una organització fonamentalista).

Daruish Auni Al-Nashif va al·legar que no s'havia respectat el seu dret de gaudir d'un recurs efectiu per tal de defensar el seu dret respecte de la vida familiar de l'article 8, d'acord amb l'article 13 del Conveni Europeu, ja que, com que es tractava d'un cas de seguretat nacional, la decisió de deportar-lo va ser adoptada sense que es revelessin les raons de l'allunyament ni a ell mateix, ni al seu advocat, ni a cap òrgan independent que pogués examinar el seu cas. L'ordre d'allunyament, d'altra banda, no podia ser impugnada davant de cap autoritat judicial o independent del govern que adoptés decisions després d'un procediment contradictori. Per al Tribunal, fins i tot en afers que comprometen la seguretat nacional, les limitacions a les garanties procedimentals dels estrangers en els afers d'allunyament tenen un límit infranquejable:

Mentre que poden ser necessàries restriccions procedimentals per assegurar que no es produirà cap filtració en detriment de la seguretat nacional i mentre que qualsevol autoritat independent que tramiti una apel·lació contra una decisió de deportació pot necessitar concedir un ample marge d'apreciació a l'executiu en matèries de seguretat nacional, això no pot justificar de cap manera bandejar del tot els recursos quan l'executiu opta per invocar l'expressió "seguretat nacional".

Fins i tot quan s'al·lega una amenaça a la seguretat nacional, la garantia d'un recurs efectiu requereix com a mínim que l'autoritat independent competent d'apel·lació sigui informada de les raons que sustenten la decisió de deportació, àdhuc si aquestes raons no estan disponibles públicament. L'autoritat ha de ser competent per refusar l'afirmació de l'administració sobre que hi ha una amenaça per a la seguretat nacional si ho troba arbitrari o no raonable. Cal que hi hagi alguna forma de procediment contradictori, si de cas, a través d'un representant especial que estigui autoritzat per a afers de seguretat. D'altra banda, la qüestió de si la mesura impugnada pot interferir amb el dret individual de respectar la vida familiar i, si ho fa, si s'ha establert un equilibri just entre l'interès públic i els drets individuals, ha de ser examinada⁹⁹.

526. ELS REQUISITS DEL RECURS EFECTIU EN ELS AFERS D'ALLUNYAMENT DE DEMANDANTS D'ASIL (1): LA POSSIBILITAT DE SUSPENSIO DE LA MESURA IMPUGNADA. En el cas *Jabari contra Turquia*, resolt per sentència el juliol de 2000, el Tribunal Europeu de drets humans va recordar que l'article 13 exigia la disponibilitat d'un recurs que permetés garantir els drets i les llibertats del Conveni, on l'autoritat competent tingués competència per examinar el

⁹⁹ TEDH, sentència de 20 de juny de 2002, afer *Al-Nashif c. Bulgarie*, núm. 50963/99, § 137.

fons del greuge i per assegurar la seva reparació. En aquest cas, però, també es plantejava si el caràcter no suspensiu dels recursos disponibles satisfia les exigències de l'article 13.

Hoda Jabari era una dona nacional de l'Iran que temia ser sotmesa a càstigs inhumans (lapidació) si era retornada al seu país d'origen, on havia mantingut relacions amb un home casat. Va entrar a Turquia amb un passaport fals i, via França, pretenia viatjar fins al Canadà. Va ser interceptada en un aeroport de París i retornada a Istanbul, on va ser detinguda. Va demanar asil per evitar ser deportada, però ho va fer fora del termini de cinc dies des de l'arribada al país que la normativa interna imposava per a que una sol·licitud d'asil hagués estat vàlidament presentada. L'ACNUR sí que li va concedir l'estatut de refugiat per causa del risc que patia de ser sotmesa a tractaments inhumans en el país d'origen.

En aquest cas, el Tribunal europeu de drets humans va considerar que el vessant procedimental de l'article 3 exigia que s'hagués fet un examen de les al·legacions de la demandant sobre la probabilitat que fos sotmesa a tractaments contraris a aquest article en cas de retorn a Turquia, però també va examinar si hi havia hagut greuges de procediment que no estaven emparats per drets implícits en l'article 3, sinó per l'article 13¹⁰⁰.

El Tribunal Europeu, quan va examinar el greuge basat en la suposada violació de l'article 13 en combinació amb l'article 3, primer va reprendre l'argument avançat en la valoració de la violació de l'article 3, sobre la manca d'examen substantiu de les al·legacions de possibles maltractaments en cas d'allunyament i, després, va afegir que element del caràcter no suspensiu del recurs disponible a Turquia era una garantia específica i diferenciada de l'article 13.

La demandant certament disposava d'un recurs, d'altra banda, judicial, contra la seva deportació. Per al Tribunal Europeu, però, aquest recurs no era un recurs *efectiu* en el sentit de l'article 13, per dues raons: no només perquè no suposava un examen del fonament de l'al·legació del risc, sinó perquè el recurs limitat a la valoració de la legalitat de la mesura adoptada contra la demandant tampoc permetia demanar la suspensió de l'allunyament. D'acord amb el Tribunal,

tenint en compte la naturalesa irreversible del dany que pot ocórrer si el risc de tortura o maltractaments al·legats es materialitzen i la importància donada a l'article 3, la noció d'un recurs efectiu d'acord amb l'article 13 requereix un examen independent i rigorós de la demanda sobre que existeixen raons fonamentades per témer un risc real de maltractament contrari a l'article 3 i la possibilitat de suspendre la implementació de la mesura impugnada¹⁰¹.

D'acord amb el cas *Jabari*, els efectes suspensius del recurs *efectiu* contra una mesura d'allunyament que pogués tenir per efecte sotmetre una persona a tractaments

¹⁰⁰ TEDH, sentència d'11 de juliol de 2000, afer *Jabari v. Turkey*, núm. 40035/98, § 39.

¹⁰¹ *Ibidem*, § 50.

contraris a l'article 3 han de poder ser valorats i, si és el cas, concedits, com a mínim, a petició del demandant (si és que no es produeixen automàticament). L'evolució jurisprudencial posterior fins i tot reforça aquesta garantia fent que no només els efectes suspensius hagin de ser *possibles*, sinó que també *hagin de ser*, en determinades circumstàncies.

527. ELS REQUISITS DEL RECURS EFECTIU EN ELS AFERS D'ALLUNYAMENT DE DEMANDANTS D'ASIL (2): L'EXIGÈNCIA DELS EFECTES SUSPENSIVS DELS RECURSOS *EFECTIUS*. En els afers *Chamaïev contra Geòrgia i Rússia* i *Čonka contra Bèlgica*, per exemple, el Tribunal Europeu de drets humans va desenvolupar la necessitat que, per ser efectiu, el recurs contra un allunyament que pot tenir com a conseqüència la violació d'un dret emparat pel Conveni impedeixi l'execució de la mesura.

En el cas *Chamaïev*, el Tribunal Europeu de drets humans va considerar que hi havia hagut violació de l'article 13 en relació amb els articles 2 i 3 del Conveni en un cas d'extradició, en primer lloc, perquè ni els demandants ni els seus advocats havien pogut disposar d'informació relativa al curs del procediment d'extradició ni a la seva execució; i, en segon lloc, perquè, en les condicions d'aïllament en què es trobaven, era impossible que poguessin efectivament recórrer contra la decisió d'extradició, que es va executar l'endemà passat de la seva adopció. El TEDH va considerar que no podia establir en abstracte quin període de temps calia que passés entre l'adopció de la decisió d'extradició i la seva execució, però que, en tot cas, quan les autoritats de l'estat s'apressaven per deportar una persona a un altre estat l'endemà passat de la data de l'adopció de la decisió, els incumbia

*actuar fins i tot amb més celeritat i diligència per permetre que l'interessat pugui, per un costat, fer que es sotmeti a un examen independent i rigorós el seu greuge fonamentat en els articles 2 i 3 i, d'altra banda, fer que es suspengui la mesura litigiosa*¹⁰².

En el cas *Čonka*, la garantia de l'article 13 també va ser considerada violada aquest cop en relació amb el dret de no ser sotmès a una mesura d'expulsió col·lectiva previst a l'article 4 del Protocol núm. 4, descartant-se la seva aplicació en relació amb els greuges relatius a l'article 3. En la sentència dictada pel Tribunal s'insisteix en que el caràcter *efectiu* d'un recurs depèn de la naturalesa del greuge del demandant, i en que l'efectivitat resulta no només del dret sinó també de la pràctica del recurs¹⁰³. El Tribunal Europeu es va fonamentar en la seva jurisprudència anterior del cas *Jabari* per declarar que l'efectivitat dels recursos de l'article 13 suposa que *puguin* impedir l'execució de mesures contràries al Conveni si les seves conseqüències són *potencialment irreversibles*, però, en derivar-ne la conseqüència, va afegir una garantia addicional que

¹⁰² TEDH, sentència de 12 d'abril de 2005, afer *Chamaïev et 12 autres c. Géorgie et Russie*, núm. 36378/02, §460.

¹⁰³ TEDH (secció 3^a), sentència de 5 de febrer de 2002, afer *Čonka contre Belgique*, núm. 51564/99, § 75.

no s'inferia necessàriament de la jurisprudència *Jabari*:

*En conseqüència, l'article 13 s'oposa a que aquest tipus de mesures siguin executades abans que sigui resolt l'examen per part de les autoritats nacionals de la seva compatibilitat amb el Conveni*¹⁰⁴.

En aquest cas, els demandants va presentar un recurs contra l'allunyament davant del *Conseil d'État* belga, acompanyat d'una petició ordinària de suspensió, que era un dels recursos que es presentaven com a disponibles en l'ordre d'allunyament. Els demandants disposaven només de cinc dies per marxar del territori, mentre que el *Conseil d'État* podia resoldre sobre la suspensió de la mesura en un termini de quaranta-cinc dies. El govern belga al·legava que s'hagués hagut de presentar un recurs de suspensió en extrema urgència.

El TEDH va tenir en compte, per un costat que, en la mesura que el recurs que presentaren els demandants era un dels que figuraven en l'ordre d'expulsió, l'equívoc era en part responsabilitat de l'administració; i, per l'altre, que tampoc el recurs de suspensió en extrema urgència comportava per ell mateix una suspensió automàtica de l'allunyament fins a la seva resolució per part del *Conseil d'État*. A la pràctica, quan es presentava un recurs d'aquest tipus, d'acord amb les instruccions internes adoptades pel propi *Conseil d'État*, un funcionari, a petició de l'advocat, havia de contactar amb l'*Office des Étrangers* per assabentar-se de la data prevista per a l'allunyament i adoptar les mesures necessàries pel que feia al procediment a seguir.

El Tribunal Europeu, partint de la idea que les exigències de l'article 13, com les dels altres articles del Conveni, suposen una *garantia* i no la bona voluntat o un simple arranjament pràctic, d'acord amb el principi de la primacia del Dret, va considerar que el sistema belga no s'ajustava als requisits de l'article 13. El TEDH va tenir en compte per arribar a aquesta conclusió que

l'administració no està obligada a suspendre l'execució de la mesura d'expulsió mentre el recurs de suspensió en extrema urgència està pendent de ser resolt, ni tant sols durant un període mínim raonable.

El fet que el *Conseil d'État* s'encarregués d'esbrinar les intencions de l'administració i actués en conseqüència no volia dir que estigués obligat a fer-ho, cosa que feia que

*el demandant no tingui cap garantia que el Conseil d'État i l'administració s'ajustaran en tots els casos a la pràctica descrita, ni a fortiori que el Conseil d'État resolgui ni tan sols reunir-se abans de l'expulsió, o que l'administració respecti un període mínim raonable*¹⁰⁵.

El Tribunal, finalment, després de considerar el recurs previst a Bèlgica com a *massa aleatori per satisfer les exigència de l'article 13*, va refusar també les argumentacions basades en l'abús de procediment per part dels demandants d'asil que Bèlgica havia utilitzat com a motiu per restringir els efectes suspensius dels recursos.

¹⁰⁴ *Ibidem*, § 79.

¹⁰⁵ *Ibidem*, § 83.

Per al TEDH, com repetidament ha fet valer en la seva interpretació del dret a un *procediment equitatiu* consagrat a l'article 6, són les autoritats de l'estat les que han d'organitzar el seu sistema judicial de forma que es respectin les exigències del Conveni, es trobin en les circumstàncies de fet en què es trobin. En definitiva, no és un argument vàlid l'augment de feina per justificar que es restringeixen les garanties de procediment, tant si es tracta del dret a un *procediment equitatiu* (article 6) com si es tracta del dret a un *recurs efectiu* (article 13), essent aquestes restriccions indiscriminades.

Arran d'aquesta sentència, a Bèlgica es va iniciar un debat sobre l'eficàcia del sistema de recursos i mesures provisionals en els procediments d'asil, tot proposant-se la seva revisió. El 23 de juliol de 2002, el Ministre de l'Interior va emetre una directriu segons la qual, l'ordre de marxar del territori adoptada en relació amb un demandant d'asil no seria executada mentre el Consell d'Estat no hagués adoptat una decisió sobre la demanda de suspensió en extrema urgència, si el demandant l'havia presentat. D'altra banda, l'abril de 2004, Bèlgica va notificar a la Direcció general de drets humans del Consell d'Europa la seva intenció d'adoptar un *arrêté royal* que establís expressament l'efecte suspensiu automàtic de tots els recursos de suspensió en extrema urgència, mesura que probablement formarà part d'una reforma de més gran abast del *Conseil d'État* belga.

c. Drets procedimentals dels demandants d'asil que resulten implícitament de la protecció de drets substantius del Conveni europeu de drets humans

528. ELS DRETS PROCEDIMENTALS DELS DEMANDANTS D'ASIL DERIVATS DE LA GARANTIA DE DRETS SUBSTANTIUS DEL CONVENI EUROPEU DE DRETS HUMANS. D'acord amb la interpretació que ha fet el Tribunal europeu de drets humans, certes garanties de procediment també es deriven de la protecció de determinats drets substantius del Conveni, fins i tot en casos en què la configuració del dret d'acord amb la lletra del text no preveu expressament cap element de caràcter procedimental. D'algunes de les decisions i sentències dels darrers anys del Tribunal europeu de drets humans s'extreu que quan són el joc els drets de l'article 3¹⁰⁶, s'invoquen drets relatius al respecte de la vida privada i familiar de l'article 8¹⁰⁷, el dret de no patir una mesura de detenció en funció d'un d'allunyament col·lectiu¹⁰⁸ o altres drets¹⁰⁹, les exigències relatives a la qualitat del recurs disponible i a

¹⁰⁶ TEDH, sentència d'11 de juliol de 2000, afer *Jabari v. Turkey*, núm. 40035/98, § 39.

¹⁰⁷ TEDH, sentència de 20 de juny de 2002, afer *Al-Nashif c. Bulgarie*, núm. 50963/99, § 123.

¹⁰⁸ En aquest cas l'article 5§4 preveu drets de procediment específics, TEDH (secció 3^a), sentència de 5 de febrer de 2002, afer *Čonka contre Belgique*, núm. 51564/99, § 55.

¹⁰⁹ Com el dret de propietat, de l'article 1 del Protocol addicional núm. 1, TEDH, sentència de 24 de novembre de 2005, afer *Capital Bank AD v. Bulgarie*, núm. 49429/99, § 134.

la instància competent per resoldre'l formen part ja de les garanties inherents a la protecció dels drets substantius del Conveni. Des d'aquest punt de vista, són importants, per al Tribunal europeu, el contingut, l'abast del recurs contra mesures que presumptament vulneren drets reconeguts pel Conveni Europeu, i la relació entre la instància de revisió i l'autoritat que adopta la mesura en primer instància.

Per al tribunal, fins i tot quan hi ha implicades qüestions de seguretat nacional¹¹⁰ *els conceptes de legalitat i d'estat de dret en una societat democràtica requereixen que mesures que afecten drets humans fonamentals estiguin subjectes a alguna forma de procediment contradictori davant d'un òrgan independent competent per revisar la motivació de les decisions i els fets de les causes*¹¹¹.

El TEDH expressa així, implícitament, una doctrina que transcendeix les diferències entre drets substantius i drets de procediment, i que parteix de la base que forma part també de la garantia dels drets substantius l'exigència que hi hagi alguna forma d'invocació eficaç per fer valer aquests drets. En certa manera, el Tribunal europeu *integra el control del respecte de les garanties necessàries per a un procés equitatiu en el control de la proporcionalitat de les restriccions de l'estat a l'exercici de drets substantius garantits pel Conveni*¹¹². Aquest fet permetria, d'altra banda, en el cas dels demandants d'asil, pal·liar les conseqüències de la jurisprudència del propi Tribunal europeu que considera inaplicable l'article 6 a qualsevol contenciós relatiu a persones estrangeres.

Per al cas dels demandants d'asil, la dimensió procedimental dels drets substantius que no la preveuen expressament està especialment cridada a tenir transcendència pràctica en el cas de la protecció dels drets de l'article 3, de no patir tortura, tractaments inhumans o degradants; i de la protecció dels drets de l'article 8, relatiu al gaudi de la vida familiar. En cap d'aquests dos entorns de preservació de la dignitat humana s'ha actualitzat aquesta protecció per al cas de refugiats o demandants d'asil, però d'acord amb la jurisprudència del TEDH no es pot excloure aquesta eventualitat. La situació de fet en què aquesta protecció podria projectar-se en la situació dels demandants d'asil per causa del procediment seguit en els estats, en principi, comportaria una mesura d'allunyament del territori.

529. GARANTIES PROCEDIMENTALS QUE ES DERIVEN DIRECTAMENT DEL DRET DE NO SER SOTMES A TORTURES NI TRACTAMENTS INHUMANS O DEGRADANTS. En el cas de l'article 3, aquesta dimensió procedimental es va desenvolupar, a partir dels anys noranta, en casos en què la víctima

¹¹⁰ TEDH, sentència de 20 de juny de 2002, afer *Al-Nashif c. Bulgarie*, núm. 50963/99, § 123.

¹¹¹ *Ibidem* i TEDH, sentència de 24 de novembre de 2005, afer *Capital Bank AD v. Bulgarie*, núm. 49429/99, § 134.

¹¹² François Bernard, Antoine Berthe, "Les garanties procédurales en matière de reconduite à la frontière au regard de la Convention européenne des droits de l'homme", *RTDH*, vol. 8, núm. 28, 1997, pàg. 27.

és en situació de privació de llibertat¹¹³. Més endavant, s'ha anat ampliant a altres supòsits de fet.

Primerament, les obligacions positives de caràcter procedimental dels estats d'acord amb l'article 3 resulten del fet que el Tribunal europeu de drets humans considera violat aquest article si l'estat no pot provar una versió adequada que el lliuri de tota responsabilitat, quan la persona sotmesa a una situació de privació de llibertat presenta uns determinats efectes psíquics o físics que no hi eren abans de la detenció. Després, les derives procedimentals de l'article 3 s'independitzen de la credibilitat o la prova dels fets suposadament constitutius de tortura o tractaments inhumans o degradants, i la manca d'un procediment d'investigació passa a constituir per si mateix un greuge a la llum de l'article 3.

En l'afer *Tomasi contra França* de 1992, el Tribunal europeu ja va fer un raonament d'acord amb el qual la responsabilitat de l'estat es podia establir quan no podia provar-se res que trenqués una relació de causalitat presumpta entre els tractaments denunciats mentre s'estava en situació de detenció i les lesions efectivament constatades¹¹⁴. Va ser, però, en l'afer *Ribitsch contra Àustria* de 1995 on el TEDH va invertir clarament la càrrega de la prova relativa als tractaments prohibits per l'article 3 mentre s'està sota el poder de les autoritats de l'estat. En aquest cas, el TEDH va considerar que el govern austríac no havia establert suficientment que els patiments soferts havien estat causats (exclusivament, principalment o parcialment) d'altra forma que no fos pel tractament rebut en situació de detenció¹¹⁵.

Aquesta línia jurisprudencial es va refermar en la sentència de l'afer *Aksoy* on, des de la perspectiva de donar plena efectivitat al dret de no patir tortura ni tractaments inhumans o degradants es van expressar plenament les obligacions positives que incumbeixen als estats en virtut de l'article 3; i es va consolidar plenament en la sentència de l'afer *Selmouni*, considerada per la doctrina una *sentència de principi* del nou Tribunal europeu de drets humans¹¹⁶. A *Aksoy*, el TEDH va establir que

(...) quan una persona és detinguda preventivament mentre està bé de salut i es constata en el moment que és alliberada que està ferida, incumbeix a l'estat proporcionar una explicació plausible de l'origen de les ferides, i si això manca, l'article 3 és manifestament aplicable¹¹⁷.

¹¹³ Pal·liant-se així l'absència d'una disposició expressa al respecte en el Conveni europeu que sí s'inclou en la Convenció contra la tortura de 1984: *Article 12. Tot estat part vella per que les autoritats competents procedeixin immediatament a fer una investigació imparcial cada cop que hi ha motius raonables per creure que un acte de tortura ha esta comès en el territori sotmès a la seva jurisdicció.*

¹¹⁴ TEDH, sentència de 27 d'agost de 1992, afer *Tomasi c. France*, núm. 12850/87, §108-111.

¹¹⁵ TEDH, sentència de 4 de desembre de 1995, afer *Ribitsch v. Austria*, núm. 18896/91, §34.

¹¹⁶ Gérard Cohen-Jonathan, "Un arrêt de principe de la «nouvelle» Cour européenne des droits de l'Homme: *Selmouni contre France* (28 juillet 1999)", *RGDIP*, núm. 1, 2000, pàgs. 181-203.

¹¹⁷ En aquest cas, el demandant denunciava haver estat embenat durant els interrogatoris, cosa que havia afectat el seu sentit de l'orientació, i haver estat sotmès a tractaments com la "penjada palestina" (suspensió des dels canells lligats per l'esquena); descàrregues elèctriques amb efectes augmentats per

Amb la sentència del cas *Selmouni* el propòsit de donar la màxima efectivitat a l'article 3 del Conveni hi és present fins i tot de forma més manifesta. Donades les circumstàncies del cas, en què sí que s'havia endegat una investigació a partir de les denúncies del demandant però resultava ser manifestament lenta i ineficient, el Tribunal va bandejar completament qualsevol element que possibilités la impunitat de les autoritats i va consolidar la presumpció de violació de l'article 3¹¹⁸.

Per al TEDH és indiferent que les investigacions internes hagin absolt els agents sota la custòdia de qui estava la suposada víctima, o que els tribunals interns no les els hagin imputat aplicant un alt estàndard de prova positiva dels fets, perquè, per a ell, la responsabilitat del compliment del Conveni europeu és *de l'estat* i no de persones concretes¹¹⁹.

El Tribunal europeu de drets humans considera que l'estat no només es presumirà responsable de maltractaments comesos en situació de privació de llibertat si no pot provar una versió alternativa plausible dels fet, sinó que també la violació de l'article 3 pot resultar directament del no compliment de l'obligació de fer una investigació efectiva de les al·legacions de maltractaments o tortura. El TEDH ha resolt expressament que l'article 3, igual que l'article 2¹²⁰, combinat amb l'article 1 (els estats reconeixen a tothom qui està sota la seva jurisdicció els drets del Conveni) comporta per a l'estat una obligació procedimental de fer una investigació oficial efectiva quan una persona afirma de forma defensable que ha patit maltractaments a mans d'agents de l'estat¹²¹.

Desenvolupant aquesta línia jurisprudencial¹²², el Tribunal europeu es va referir en el cas *Jabari* al vessant procedimental dels drets garantits per l'article 3 del Conveni en un supòsit on la víctima era demandant d'asil i la qüestió de procediment en joc no era la investigació eficient de les denúncies d'haver patit tortures o maltractaments, sinó de patir-ne probablement si s'executava una decisió d'allunyament. El Tribunal Europeu de drets humans va tenir en compte

el fet que l'article 3 engloba un dels valors més fonamentals d'una societat democràtica i prohibeix en termes absoluts la tortura o els tractaments o càstigs

l'aigua que era vessada sobre el cos, pallisses, i injúries. TEDH, sentència de 18 de desembre de 1996, afer *Aksoy v. Turkey*, núm. 21987/93, §61.

¹¹⁸ TEDH, sentència de 28 de juliol de 1999, afer *Selmouni c. France*, núm. 25803/94, §87-88.

¹¹⁹ TEDH, sentència de 8 de gener de 2004, afer *Çolak and Filizer v. Turkey*, núms. 32578/96 i 32579/96, §33.

¹²⁰ TEDH, sentència de 21 de febrer de 2006, afer *Aydın Eren et autres c. Turquie*, núm. 57778/00, §47-55.

¹²¹ TEDH, sentència de 6 d'abril de 2000, afer *Labita c. Italie*, núm. 26772/95, §131; TEDH, sentència de 13 de novembre de 2003, afer *Elci and others v. Turkey*, núms. 23145/93 i 25091/94, §648-649.

¹²² Aplicada a Espanya, per exemple, en una sentència de 2004; TEDH, sentència de 2 de novembre de 2004, afer *Martínez Sala et autres c. Espagne*, núm. 58438/00, §159-160.

inhumans o degradants,

i que això imposava exigències de procediment, és a dir que

*necessàriament s'hagi de fer un examen rigorós de les al·legacions d'una persona sobre que la seva deportació a un tercer estat l'exposarà a un tractament prohibit per l'article 3*¹²³.

En l'examen de la pretesa violació de l'article 3, el TEDH va considerar que les autoritats de l'estat demandat no havien fet un examen del fonament de les al·legacions d'Hoda Jabari sobre la probabilitat que fos sotmesa a tractaments contraris a aquest article si era allunyada de Turquia, i que l'aplicació de la legislació interna que estableix un termini per a la presentació d'una demanda d'asil va impedir l'apreciació dels temors de la demandant en cas de deportació. Per al TEDH,

*L'aplicació automàtica i mecànica d'aquest límit temporal tant breu per presentar una demanda d'asil ha de ser considerat incompatible amb la protecció del valor fonamental consagrat a l'article 3 del Conveni*¹²⁴.

D'altra banda, el tribunal administratiu que havia examinat el recurs contra la denegació d'asil també es va limitar a revisar la qüestió de la *legalitat formal* de la deportació de la demandant *enlloc d'analitzar la qüestió més apressant del fonament dels seus temors*¹²⁵. Per al Tribunal Europeu en el cas era important, com a element que avalava la probabilitat que els temors d'Hoda Jabari estiguessin fonamentats que, després que les autoritats turques deneguessin l'examen de la demanda d'asil en tant que presentada fora de termini, la demandant havia estat reconeguda com a refugiada per part de l'ACNUR, que la va entrevistar i que va tenir per això l'oportunitat de valorar la seva credibilitat.

En un cas mes recent, *Chamaïev contra Geòrgia i Rússia*, el TEDH també va considerar violat l'article 3 del Conveni europeu per qüestió de mancances de procediment en el cas de quatre dels demandants per als quals l'allunyament es va produir efectivament. En aquest cas, on s'examinaven les demandes de 13 persones, el Tribunal va considerar que en el cas d'11 d'elles hi havia hagut tractaments contraris a l'article 3 per qüestió de mancances en diversos procediments. En el cas de 4 persones per a qui s'havia consumat l'extradició, per la conducció d'aquest procediment,

*Tenint en compte la mancança de garanties procedimentals i la ignorància en la que els demandants han estat mantinguts pel que fa a la seva sort, així com l'angoixa i la incertesa a les que han estat exposats sense raó vàlida, el Tribunal estima que la manera com les autoritats georgianes han procedit a l'execució de les decisions d'extradició de 2 d'octubre de 2002 suscita per ella mateixa un problema en el terreny de l'article 3 del Conveni*¹²⁶;

¹²³ TEDH, sentència d'11 de juliol de 2000, afer *Jabari v. Turkey*, núm. 40035/98, § 39.

¹²⁴ *Ibidem*, § 40.

¹²⁵ *Ibidem*, § 40.

¹²⁶ TEDH, sentència de 12 d'abril de 2005, afer *Chamaïev et 12 autres c. Géorgie et Russie*, núm. 36378/02, §381.

i en el cas d'11 persones, per l'absència d'examen i cures mèdiques en temps oportú tenint en compte el tractament dispensat,

Tenint en compte les circumstàncies inadmissibles que han envoltat el procediment d'execució de les decisions d'extradició de quatre demandants per part de les autoritats georgianes, i en vista de les lesions infligides a certs interessats per les forces especials, seguides de l'absència de cures mèdiques apropiades en temps oportú, el Tribunal estima que els onze demandants detinguts a la presó núm. 5 de Tbilissi la nit del 3 al 4 d'octubre de 2002 han estat sotmesos a patiments físics i morals de naturalesa tal que col·legeixen en tractament inhumà¹²⁷.

L'absència de garanties en el procediment d'extradició que van recolzar la consideració que l'article 3 s'havia violat, també van ser objecte d'examen en relació amb l'article 13, com s'ha vist en l'apartat anterior. Aquest article ha anat assolint força independència per tal de sancionar l'absència de procediments efectius més enllà del vessant procedimental de drets substantius dels quals el TEDH n'assegura el respecte¹²⁸.

530. GARANTIES PROCEDIMENTALS QUE ES DERIVEN DEL DRET AL RESPECTE DE LA VIDA PRIVADA I FAMILIAR. En el cas de l'article 8, la dimensió procedimental del dret a la vida familiar es va desprendre ja en afers resolts l'any 1987, on el TEDH va considerar que en l'examen de l'afer en vistes a una eventual violació de l'article 8 podia tenir en compte la durada dels procediments interns d'adopció de decisions, així com qualsevol procediment judicial que hi estigués relacionat, malgrat no tenir aquest article cap requisit procedimental explícit¹²⁹. Un moment clau del desenvolupament d'aquesta línia jurisprudencial sobre que el fet de no respectar determinades garanties procedimentals pot tenir com a conseqüència la violació del dret a una vida familiar es va produir en l'afer *McMichael* resolt l'any 1995, en què el TEDH va establir expressament la independència i la complementarietat entre el control del respecte de l'article 6 del Conveni europeu i el control del respecte de les garanties procedimentals que implícitament es deriven de l'article 8. El TEDH va considerar que la naturalesa dels

¹²⁷ *Ibidem*, §385.

¹²⁸ Anteriorment, si també s'invocava en el mateix cas l'article 13, el TEDH tendia a considerar les eventuais mancances de procediment únicament des de la perspectiva d'aquest darrer, que passava a absorbir tot el greuge procedimental; per exemple, TEDH, sentència de 27 de juny de 2000, afer, *Ilhan v. Turkey*, núm. 22277/93, §92-93.

¹²⁹ TEDH, sentència de 8 de juliol de 1987, afer *W. v. The United Kingdom*, núm. 9749/82, §62-65; TEDH, sentència de 8 de juliol de 1987, afer *B. v. The United Kingdom*, núm. 9840/82, §63; i TEDH, sentència de 8 de juliol de 1987, afer *R. v. The United Kingdom*, núm. 10496/83, §67. En elles, el TEDH va establir que: *Its is true that Article 8 contains no explicit procedural requirements, but this is not conclusive of the matter. The local authority's decision-making process clearly cannot be devoid of influence on the substance of the decision, notably by ensuring that it is based on the relevant considerations and is not one-sided and, hence, neither is nor appears to be arbitrary. Accordingly, the Court is entitled to have regard to that process to determine whether it has been conducted in a manner that, in all the circumstances, is fair and affords due respect to the interests protected by Article 8. Moreover, the Court observes that the English courts can examine, on an application for judicial review of a decision of a local authority, the question whether it has acted fairly in the exercise of a legal power* (§62, §63 i §67, respectivament).

interessos protegits pels dos articles eren diferents:

(...) el paràgraf 1 de l'article 6 confereix una garantia procedimental, és a dir el "dret a un tribunal" per a la determinació dels "drets i obligacions de caràcter civil"; mentre que l'exigència procedimental inherent a l'article 8 no només abasta tant els procediments administratius com els judicials, sinó que és auxiliar de l'objectiu més ample d'assegurar el respecte adequat, entre d'altres, de la vida familiar. La diferència entre l'objectiu que persegueixen les garanties respectives dels articles 6§1 i 8 pot, segons les circumstàncies particulars, justificar l'examen d'una mateixa sèrie de fets a la llum d'un i altre articles¹³⁰.

D'altra banda, les garanties procedimentals que es deriven de l'article 8 es projecten també sobre els procediments administratius que han pogut posar en joc el dret al respecte de la vida privada i familiar, i no només sobre els eventuals processos jurisdiccionals¹³¹.

531. LA RELACIÓ DE COMPLEMENTARIETAT ENTRE LES DIFERENTS GARANTIES DE PROCEDIMENT DE QUÈ POT GAUDIR UN DEMANDANT D'ASIL D'ACORD AMB EL CONVENI EUROPEU DE DRETS HUMANS. Amb la càrrega procedimental que determinats drets substantius del Conveni han anat adquirint, les garanties que ofereix l'article 13 han reprès el caràcter de garanties processals accessòries, que permeten assegurar que les persones que tenen un greuge relatiu als drets del Conveni Europeu tinguin un recurs que sigui efectiu per fer-los valer.

El dret de caràcter procedimental a un recurs efectiu que configura l'article 13 és més restringit, en general, que el que es deriva de l'article 6, i només desplega efectes quan cap altra disposició específica del Conveni garanteix el mateix dret com a *lex specialis* vinculada a un dret substantiu específic¹³². Malgrat això, el dret d'accedir a un procediment *equitatiu* i tot el que aquest comporta, de l'article 6, i el dret de gaudir d'un recurs *efectiu* de l'article 13, són independents i complementaris en alguns aspectes, com en el de la reivindicació de la durada raonable del procés.

La inaplicabilitat de l'article 6 als litigis relatius als demandants d'asil ha fet, per l'abast més restringit de l'article 13, que tant la revalorització de la protecció que aquest confereix com el desenvolupament del vessant procedimental dels drets substantius hagi configurat una protecció procedimental essencial per a les persones que demanen asil en

¹³⁰ TEDH, sentència de 24 de febrer de 1995, afer *McMichael v. the United Kingdom*, núm. 16424/90, §91.

¹³¹ Així va ser, per exemple, en un cas en què el TEDH va considerar que l'actitud passiva de les autoritats administratives competents d'una entitat subestatal d'un estat en l'execució de decisions judicials sobre potestat havia estat l'origen de la ruptura total de les relacions entre un infant i el seu pare; TEDH, sentència de 22 de juny de 2006, afer *Bianchi c. Suisse*, núm. 7548/04, §84-99. En aquest cas, el tribunal va considerar que la protecció de drets *concrets i efectius* i no *teòrics i il·lusoris* comportava examinar també la forma i la durada del procés decisor, abastant aquest tant els procediments relatius a l'atribució de pàtria potestat com l'execució de les decisions emanades al respecte (§85).

¹³² Andrew Drzemczewski, Christos Giakoumopoulos, "Article 13", Louis-Edmond Pettiti, Emmanuel Decaux, i Pierre-Henri Imbert (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris: Economica, 1995, pàgs. 459-460.

un dels estats parts.

El contingut de drets de l'article 13 és més intens i més complet que el dels drets procedimentals que el TEDH ha inferit de drets substantius com en el cas dels articles 3 i 8. Això no obstant, el Tribunal, en funció de les circumstàncies específiques de cada cas, pot preferir situar-se en el context de la protecció de l'article 3 per protegir millor drets absoluts de la persona.

El desplaçament d'una part dels drets de caràcter procedimental a la garantia dels drets substantius ha permès al Tribunal, per ara, configurar com a garanties pròpies de l'article 13 les garanties processals relatives a assegurar que les persones que poden patir violacions dels drets del Conveni puguin obtenir una reparació adequada en el sistema intern de l'estat si finalment s'estableix la violació o el risc de violació d'aquests drets. Aquest dret de les persones de ser restablertes en el gaudi dels seus drets humans en cas que siguin violats fa que, quan la violació i, per tant, el dany, podria materialitzar-se si s'actualitza un allunyament del territori d'un estat part, aquest allunyament no pugui ser executat. Si l'al·legació d'una violació o d'un risc de violació dels drets substantius del Conveni no implica la suspensió d'una mesura que impedirà el restabliment del dret, l'exigència d'*efectivitat* del recurs previst per atacar-la no es respecta d'acord amb la interpretació que fa el Tribunal Europeu de drets humans de l'article 13 del Conveni.

La dimensió procedimental s'ha incorporat i afermat en la garantia dels drets substantius del Conveni, i suposa l'accés a un recurs *qualitativament* operatiu per fer-los valer i, alhora, l'eix entorn del qual gira la garantia de l'article 13 s'ha desplaçat cap al costat de l'*efectivitat* del recurs. Aquest resultat de la interpretació del TEDH, per un costat fa més autònom el dret d'accedir a un recurs de qualitat suficient, ja que la satisfacció dels drets del Conveni Europeu depenen d'ell, fins i tot quan no es pot establir que han estat substantivament violats; i, per l'altra, permet que es desenvolupi el vessant garantista i protector de l'article 13 que consisteix en assegurar que es restableix la dignitat de la persona configurada amb els drets del Conveni.

En certa manera, aquesta dissociació entre els requisits de la qualitat del recurs, que s'aferren als drets substantius, i l'efectivitat del recurs en el sentit del restabliment de l'estatut de drets, és una forma de superar l'àmbit d'aplicació limitat de l'article 6 d'acord amb la interpretació del mateix Tribunal Europeu. Després de considerar que l'article 6 no era aplicable a casos d'estrangeria i d'asil¹³³, el Tribunal va potenciar l'article 13¹³⁴, alhora que l'ha anat alliberant de la càrrega relativa a la qualitat del recurs disponible que ha traslladat a cadascun dels drets substantius del Conveni.

¹³³ Cosa que alguns autors consideren un *error jurídic*, com Sylvie Sarolea, "Les droits procéduraux du demandeur d'asile au sens des articles 6 et 13 de la Convention Européenne des droits de l'homme", *loc. cit.*, pàg. 144.

¹³⁴ Pieter Boeles, Françoise Schild, "Case Reports of the European Court of Human Rights", *EJML*, núm. 4, 2003, pàg. 506.

Segurament el Tribunal Europeu no podia, un cop feta l'opció de no fer entrar els afers d'immigració en l'article 6, fer que els estrangers tinguessin els mateixos drets que si es considerés aplicable, per la via d'una interpretació àmplia en relació a la qualitat del recurs de l'article 13. Però situant aquestes exigències de procediment en l'òrbita dels articles que recullen drets substantius, sí que ho ha fet, al menys pel que fa al requisit de l'òrgan imparcial i del procediment equitatiu o contradictori (encara no pel que fa al requisit del temps raonable), quan la garantia d'aquests drets ho ha requerit (article 3, per exemple, que no té una clàusula específica similar a l'article 5§4 per assegurar l'accés a un control de la mesura restrictiva del dret).

En definitiva, els demandants d'asil no tenen dret d'emparar-se en el Conveni Europeu de drets humans per beneficiar de garanties de procediment en els procediments relatius estrictament al reconeixement de la condició de refugiat o a la concessió formal d'asil. Aquestes garanties, des del punt de vista del contingut, se situen *entre les exigències del procés equitatiu de l'article 6 les del recurs efectiu de l'article 13*¹³⁵, però es deriven formalment d'altres instruments i dels estàndards internacionals.

Malgrat això, els demandants d'asil sí poden prevaler-se de les garanties de caràcter procedimental del Conveni Europeu, tal com s'ha vist, quan poden ser objecte de mesures d'allunyament del territori. Si l'allunyament del territori es deriva de la decisió sobre la demanda d'asil, llavors, indirectament, els demandants d'asil sí podran prevaler-se de drets de procediment del Conveni Europeu en els procediments d'asil: els que es deriven de la protecció d'alguns drets substantius, com l'article 3, o els que es deriven del dret a un recurs efectiu, previst a l'article 13. En aquests casos, l'ampliació del dret d'asil provisional que resulta dels estàndards de l'ACNUR es configura per als estats membres de la Unió Europea en una obligació internacional derivada del Conveni Europeu de drets humans de Roma de 1950.

¹³⁵ Olivier de Schutter, "La convention européenne des droits de l'homme et l'asile", *RDE*, núm. 80/81, 1994, pàg. 480.



Drets de procediment	Decisions i recursos sobre les demandes d'asil						Assistència jurídica	Assistència d'interpret
	Decisió administrativa			Decisió judicial				
	1ª instància o admissibilitat	2ª instància /efectes suspensius	1ª instància /efectes suspensius	2ª instància /efectes suspensius	3ª instància /efectes suspensius			
Alemanya	Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (BAMF)		Verwaltungsgericht /si	Obverwaltungsgericht /no	Cort Federal Administrativa o Tribunal Constitucional /no	Si, en apel·lació, si pot prosperar	si	
Bèlgica	Office des étrangers (Ministeri d'Interior)	Commissariat général aux Réfugiés et Apatrides (CGRA) /si	Commission permanente de recours des réfugiés (CPRR) /si excepte refs de refugi per art. 1 C5 CxG51	Conseil d'État (legalitat) /no automàtic(des de 1991) possibilitat de suspensió en extrema urgència		Si, en pº, a la pràctica després de la primera decisió d'admissibilitat. Gratuïta si és necessari, Bureau d'Aide Juridique (BAJ)	si	
Espanya	Oficina de Asilo y Refugio (OAR) tramita, Comisión Interministerial de Asilo y Refugio (CIAR) recomana, i Ministeri de l'Interior decideix		Audiencia Nacional /no automàtic es pot demanar	Tribunal Supremo (legalitat) /no automàtic es pot demanar		Si, des de l'inici (CEAR) en les mateixes condicions que els espanyols	Si, en pº, des de l'inici	
França	Office Français de Protection des Réfugiés et Apatrides (OFPRA) (Ministeri d'Afers Estrangers)	Recurs de revisió /no	Commission des Recours des Réfugiés (CRR) /si, en el procediment normal	Conseil d'État (legalitat) /no		No gratuïta en el procediment fronterer	si	
Itàlia	Commissione Territoriale (CT) [des de 21.4.2005]	reexamen CT + 1 membre de la Commissione Nazionale per il diritto di asilo	Tribunal civil territorialment competent /no, però es pot demanar al prefetto (aut. administrativa) la suspensió de l'allunyament			Si, gratuïta en el tràmit d'apel·lació, si manca de recursos	si	
Regne Unit	Secretary of State (Home Office)		Asylum and Immigration Tribunal /no, si 3er estat segur	Immigration Appeal Tribunal (IAT) (legalitat) /no automàtic	High Court (Anglaterra) /no automàtic	Si, en pº (Gratuït si manca de recursos (Refugee Council))	si	
ACNUR		Dues instàncies de decisió administrativa o judicial / termini raonable per presentar recurs	/efectes suspensius del recurs excepte demandes manifestament abusives				si	si
Directiva 2003/9/CE			Recurs efectiu davant d'un òrgan jurisdiccional contra determinades decisions			Si, únicament en el tràmit d'apel·lació jurisdiccional, amb limitacions segons recursos del demandant i probabilitats d'èxit	Si, en cas necessari, i en cas d'audiència personal	



CAPÍTOL XIII EL DRET SUBSTANTIU A LA LLIBERTAT PERSONAL DELS DEMANDANTS D'ASIL EN LA UNIÓ EUROPEA

532. El dret de no patir detencions arbitràries és un dels drets que configuren l'estàndard mínim internacional que es projecta de forma especial en els demandants d'asil, ja que aquests no són estrangers que poden ser allunyats del territori immediatament, sinó que gaudeixen d'un asil provisional. El règim en què les persones que demanen ser protegides són mantingudes en el país mentre es fa un primer examen de la seva situació i de la demanda d'asil que presenten determina l'abast del gaudi de certs drets fonamentals, com el dret a la llibertat de circulació.

En aquest Capítol s'analitzaran els paràmetres legals internacionals i europeus que emmarquen aquest dret, la legitimitat de l'aplicació les mesures de privació o de restricció d'aquesta llibertat als demandants d'asil (A), i les previsions normatives i les pràctiques rellevants seguides en alguns estats europeus sobre la durada màxima de la situació de detenció dels demandants d'asil (B). En el capítol següent (XIV) es desenvoluparà, partint d'aquest marc jurídic, una anàlisi de les previsions normatives i les pràctiques rellevants d'aquests estats respectes de les garanties procedimentals de la detenció, en especial, l'exigència d'un control jurisdiccional *efectiu*.

Com es veurà, alguns dels estats la normativa dels quals s'analitza, no preveuen en les seves normatives internes límits temporals màxims durant els quals es pot mantenir en situació de privació de llibertat els demandants d'asil, i/o no preveuen garanties efectives de revisió de les mesures per part d'òrgans imparcials, competents per decidir sobre la legalitat de la mesura en el cas concret, i la posada en llibertat de la persona, si s'escau. En alguns estats, com al Regne Unit, la situació s'ha agreujat en el context de la lluita contra el terrorisme global endegada arran dels atemptats d'11 de setembre de 2001 als EEUU d'Amèrica.

533. LA DETENCIÓ DELS DEMANDANTS D'ASIL COM A INSTRUMENT DE POLÍTICA MIGRATÒRIA EN EL CONTEXT DE LA CREACIÓ D'UN *ESPAI DE LLIBERTAT, SEGURETAT I JUSTÍCIA* A LA UNIÓ EUROPEA. Una de les mesures de política migratòria que els estats europeus utilitzen des dels anys vuitanta per tal de desincentivar l'arribada de nous demandants d'asil al territori és la seva detenció¹ bé a les fronteres, bé quan demanen protecció dins del territori, i/o bé abans de procedir al seu allunyament cap un tercer país, o cap el país d'origen si la demanda és refusada.

Per això, sovint, les condicions en què les persones que sol·liciten protecció en un

¹ D'acord amb l'ACNUR, s'entén per detenció, el *confinement within a narrowly bounded or restricted location, including prisons, closed camps, detention facilities or airport transport zones, where freedom of movement is substantially curtailed, and where the only opportunity to leave this limited area is to leave the territory*. ACNUR, *UNHCR Revised Guidelines on applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers*, Ginebra, febrer de 1999, *guideline* 1.

estat gaudeixen d'asil provisional són de privació de llibertat o detenció, que a vegades s'anomena *retenció* en zona internacional, confinament, manteniment, o altres. En general, el terme *retenció* s'utilitza per significar la situació en què es troben els demandants d'asil que no poden entrar en el país sota la jurisdicció de les autoritats del qual es troben, però que sí podrien, d'acord amb la normativa del país, marxar cap un altre estat. Malgrat tot, sovint, les circumstàncies particulars de cada cas i la impossibilitat jurídica i pràctica de la sortida cap un altre país, fan purament teòrica la distinció entre la *retenció* i la *detenció* dels demandants d'asil.

En els darrers anys, en el context de les polítiques cada cop més restrictives en els estats europeus en matèria d'immigració i d'entrada d'estrangers, l'abast i les circumstàncies de la *detenció* dels demandants d'asil ha estat la conseqüència de la implantació de procediments preliminars d'admissibilitat o d'admissió en el territori, tot i que també ha estat usada com a instrument autònom de dissuasió². Mitjançant la *detenció*, els estats europeus posen una part important de les persones que arriben a les seves fronteres en una situació sovint d'*infra-drets* que reflecteix, en paraules de Marie-Claire Caloz-Tschopp, que s'està passant *d'una democràcia liberal una la democràcia defensiva*³. Amnistia Internacional i associacions per als drets humans han criticat aquesta pràctica de *dissuasió*, partint de l'anàlisi de les condicions concretes en què persones estrangeres que arriben a les fronteres dels estats són detingudes en les *zones internacionals*, sense les garanties adequades, i sense que les decisions administratives que decreten la *detenció* siguin controlades efectivament per òrgans independents de l'estat⁴.

534. En principi, es poden distingir diferents tipus de *detenció* en funció de com el demandant d'asil ha accedit al territori i de quina sigui la seva situació. En aquest sentit, es distingeix la *detenció* prèvia a l'admissió (*pre-admission detention*) de la *detenció* prèvia a l'allunyament (*pre-deportation detention*). A la pràctica, aquests dos tipus de *detenció* arriben a confondre's quan la *detenció* té per fonament la transferència del demandant cap un *tercer estat d'asil* en aplicació de les regles de la Unió Europea, o en aplicació de la

² Jane Hughes, Ophelia Field, "Recent Trends in the Detention of Asylum Seekers in Western Europe", Jane Hughes, Fabrice Liebault (ed.), *Detention of Asylum Seekers in Europe: Analysis and Perspectives*, The Hague: Kluwer Law International, 1998, pàgs. 6-10 i 17-19. Ha estat principalment la introducció de conceptes que comporten una anàlisi formal de les circumstàncies de l'arribada de les persones a les fronteres es l'estat, allò que ha fet que s'incrementi el nombre i la importància de la *pre-admission detention* de demandants d'asil, sobretot, quan aquests es presenten a les fronteres. També es planteja el problema de la *detenció* en el context de les tècniques *dissuasió* dels demandants d'asil a Roberta Cohen, *Introducing Refugee Issues into the United Nations Human Rights Agenda*, Washington: Refugee Policy Group, 1990, pàgs. 17-20.

³ Marie-Claire Caloz-Tschopp, "On the Detention of Aliens: The Impact on Democratic Rights", *JRS*, vol. 10, núm. 2, 1997, pàgs. 165-168. Segons aquesta mateixa autora, avui dia el problema dels drets dels estrangers no és tant la seva progressiva reducció, sinó l'existència d'un dret de ser: *Today the issue is not only that more rights are being denied the alien, but that undermining these rights could also conceivably threaten not only liberty and equality, but also the right to a place in the world, to life itself* (pàg. 174).

⁴ Amnistia Internacional, *Informe 1999*, Barcelona: Columna Edicions, 1999, pàgs. 50-53; Asociación pro-Derechos Humanos, "Las zonas internacionales de retención", *Le Monde diplomatique* (edició espanyola), juny de 1997, pàg. 25.

normativa interna dels estats sobre admissibilitat de les demandes d'asil o d'admissió en el territori.

La llibertat de circulació també pot ser restringida per altres mitjans com, per exemple, imposant al demandant d'asil l'obligació de mantenir informades les autoritats de la seva adreça, o bé exigint-li que es presenti periòdicament en llocs determinats. Com destaca l'ACNUR, també poden ser imposades restriccions a la llibertat de circulació *indirectament*, per exemple, amb polítiques de dispersió, o condicionant algunes formes d'assistència a l'acceptació d'un lloc determinat de residència, com passa a França, tal com s'ha vist en el capítol XI⁵.

A. EL MARC JURÍDIC DE LES LIMITACIONS DEL DRET A LA LLIBERTAT A EUROPA: LA LEGITIMITAT DE LES MESURES DE DETENCIÓ DELS DEMANDANTS D'ASIL

535. L'exercici de la competència general de control de la immigració per part de l'estat s'expressa restringint la llibertat de circulació o detenint les persones que volen ser admeses a entrar en el país, en particular, quan es troben a les seves fronteres. Els estats, en l'exercici d'aquesta potestat han de respectar determinades regles establertes pel dret internacional, les quals, en general, giren entorn de la prohibició de la *detenció arbitrària*.

De la normativa i els estàndards internacionals s'extreu un principi general a favor de la llibertat personal, conseqüent amb la seva consideració com a dret fonamental en nombrosos textos interns i internacionals. Per aquest motiu, qualsevol restricció a aquesta llibertat ha de respectar el principi de legalitat, és a dir que ha d'estar prevista a la normativa interna dels estats, ha de ser proporcionada respecte de les finalitats de la mesura, i ha de respectar altres principis bàsics, com el principi de la unitat familiar o el principi de no discriminació.

1. El dret a la llibertat personal i la detenció dels demandants d'asil en dret internacional

536. El *dret a la llibertat* personal i el dret de no ser objecte d'arrest o detenció arbitrària han estat expressats en diversos instruments internacionals⁶ i, també, han estat

⁵ Com també passa, per exemple, a Dinamarca. A Suècia, els demandants d'asil i les seves famílies poden rebre una assistència econòmica addicional, precisament, si no resideixen en un centre de recepció. ACNUR, *Reception Standards For Asylum Seekers In the European Union*, Ginebra: ACNUR, juliol de 2000, pàgs. 22 i 31.

⁶ Articles 3 i 9 de la Declaració Universal de Drets Humans, *Tothom té dret a la vida, a la llibertat i a la seguretat de la pròpia persona i Ningú no pot ésser pres, detingut ni confinat arbitràriament* [Declaració Universal dels drets humans, 4^a ed. Barcelona: Publicacions del Parlament de Catalunya, 1998]; article 9.1

reconeguts com a formant part del dret internacional consuetudinari⁷. El dret a la llibertat personal i la prohibició de detencions arbitràries són *drets humans* dels que se'n beneficien els estrangers en general i els demandants d'asil en particular⁸, tot i que la detenció d'aquests pot justificar-se per motius específics.

En dret internacional, en matèria de detenció no només són rellevants els instruments obligatoris sinó també altres textos de *soft law*, com el *Conjunt de Principis per a la protecció de totes les persones sotmeses a qualsevol forma de detenció o presó* adoptat per l'Assemblea General el 9 de desembre de 1988⁹ que defineix els drets de les persones privades de llibertat. Des del punt de vista orgànic, també ha estat important la creació l'any 1991 d'un *Grup de treball sobre la detenció arbitrària* per part de la Comissió de drets humans, que investiga casos de privació arbitrària de llibertat que no han estat perseguits per tribunals interns; emet *opinions* sobre les comunicacions individuals que se li adrecen; i fa informes sobre visites realitzades en els països i altres qüestions a petició de la Comissió de drets humans. Precisament a instància seva, el *Grup de treball sobre la detenció arbitrària* va emetre l'any 1998 unes *observacions* sobre la situació relativa als immigrants i als demandants d'asil, on s'inclouia una sèrie de criteris per determinar si és arbitrària la seva privació de llibertat o custòdia en les àrees frontereres, en dependències de policia o en dependències sotmeses a l'administració de presons o a l'autoritat, en centres *ad hoc* anomenats zones de trànsit o internacionals, o bé en establiments hospitalaris¹⁰. Segons el *Grup de treball sobre detenció arbitrària*, l'absència de garanties

del Pacte internacional de drets civils i polítics, *Tothom té dret a la llibertat i a la seguretat personal. Ningú no pot ser objecte d'arrest o detenció arbitrària. Ningú pot ser privat de la seva llibertat, si no és per un dels motius i d'acord amb el procediment previstos per llei*. A l'àmbit europeu, l'article 5 del Conveni europeu per a la protecció dels drets humans i llibertats fonamentals, també contempla el dret a la llibertat i a no ser-ne privat llevat dels casos previstos al mateix article. D'entre aquests, el paràgraf f preveu la detenció preventiva o l'internament, d'acord amb el dret, d'una persona per tal d'impedir que entri il·legalment en el territori o contra qui estigui en curs un procediment d'expulsió o extradició.

⁷ Per exemple, District Court, District of Kansas (USA), 31 de desembre de 1980, *Fernandez v. Wilkinson*, *ILR* vol. 87, 1992, pàg. 458. En aquest cas es va considerar que la detenció indeterminada en el temps d'un estranger exclòs del territori, en un règim restrictiu en una presó de màxima seguretat, era contrària al dret internacional consuetudinari, si bé no es violaven ni la llei ni la Constitució dels Estats Units, i suposava un abús de la discrecionalitat de les autoritats.

⁸ El *General Comment 8* del Comitè de drets humans estableix que el paràgraf 1 de l'article 9 del Pacte de drets civils i polítics és aplicable *to all deprivations of liberty*, tant si es tracta de casos criminals, com en d'altres, com per exemple, malaltia mental o control de la immigració. C^{te} DH, *General Comment No. 8 Article 9 (Sixteenth Session, 1982)*, *Compilation of general Comments and general Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies*, HRI/GEN/1/Rev.1 at 8, 1982.

⁹ AG ONU, *Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión*, A/RES/43/173, 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.

¹⁰ Working Group on Arbitrary Detention, Comissió de drets humans, 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*, E/CN.4/1999/63, 18 de desembre de 1998, § 69-70, *Refworld UNHCR-United Nations Information*, 8^a ed. juliol 1999. Els criteris que s'inclouen són pràcticament els mateixos que

com les que s'inclouen a les directius o *guidelines* de l'ACNUR sobre *els criteris aplicables i els estàndards relatius a la detenció dels demandants d'asil* de febrer de 1999¹¹, o la seva violació, restricció o no implementació constitueix un afer amb un *alt grau de gravetat* i pot fer concloure que la detenció és *arbitrària*¹².

537. D'acord amb consideracions fetes per Guy Goodwin-Gill, existiria una infracció a la llibertat personal i, per tant, una detenció arbitrària, no només quan aquesta no tingui una base legal i/o es segueixin els procediments previstos, sinó també quan té lloc en base a normes, els propòsits o l'aplicació de les quals són incompatibles amb el respecte del dret a la llibertat i a la seguretat de la persona. És a dir que, hi ha una violació del dret a la llibertat personal no només quan la detenció és *il·legal*, sinó també quan és *injusta*¹³. Segons aquest autor, és en aquest context on la detenció dels refugiats i demandants d'asil ha de ser examinada, tenint en compte que són els estàndards internacionals els que determinen quan és injusta una detenció, i que les disposicions internacionals sobre drets humans estableixen una *presumpció clara en favor de la llibertat individual*¹⁴.

a. Les excepcions al principi de la llibertat personal del demandant d'asil admeses en dret internacional: les detencions no arbitràries

538. LA PRESUMPCIÓ A FAVOR DE LA NO DETENCIÓ DELS DEMANDANTS D'ASIL EN LA CONVENCIO DE GINEBRA DE 1951. En la Convenció de Ginebra de 1951 sobre l'estatut dels refugiats, alguns articles contribueixen a conformar una presumpció a favor de la llibertat de circulació dels demandants d'asil, tot i que tant en disposicions de caràcter general com en disposicions específiques, es reconeix que els estats poden imposar-hi restriccions.

L'article 9 estableix que els estats poden, en temps de guerra o altres circumstàncies greus i excepcionals, adoptar *mesures provisionals* indispensables per a la seguretat

l'ACNUR preveu per tal de considerar una detenció com arbitrària, i els relatius a les condicions mínimes de detenció.

¹¹ *Infra*, XIII.A.1.b.

¹² Working Group on Arbitrary Detention, Comissió de drets humans, 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, loc. cit.*

¹³ Guy S. Goodwin-Gill, "Article 31 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees: non-penalization, detention, and protection", Erika Feller, Volker Türk, Frances Nicholson (ed.), *Refugee Protection in International Law. UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge: Cambridge University Press, 2003, pàg. 222.

¹⁴ Guy S. Goodwin-Gill, *Study on the detention of refugees and asylum-seekers*, Working Group on the Treatment of Refugees with particular reference to the Problem of Detention (Florence, 3-5 June 1984), International Institute of Humanitarian Law-UNHCR, 1984, pàgs. 5-6 i 13. L'autor posa en relleu com, en la qüestió dels límits a la llibertat de les persones, també s'aplica el que es disposa al paràgraf 2 de l'article 29 de la Declaració Universal on es diu que hom només està limitat en l'exercici dels drets i gaudi de les llibertats per les *limitacions establertes per llei exclusivament en vistes d'assegurar el reconeixement i el respecte dels drets i les llibertats d'altri i per tal de satisfer les exigències justes de la moral, l'ordre públic i el benestar general en una societat democràtica.*

nacional, respecte de persones determinades, en espera que sigui establert que aquestes tenen la qualitat de refugiats. L'article 26 es refereix de forma específica a la *llibertat de circulació*, i disposa que els estats concediran als refugiats que es trobin *regularment* en el seu territori el dret d'escollir-hi un lloc de residència i de circular-hi lliurement, d'acord amb les disposicions que es preveuen per als estrangers en general.

En el cas dels *refugiats en situació irregular en el país d'acollida*, l'article 31§1 preveu una clàusula d'immunitat penal, com s'ha vist al capítol X, tot reconeixent la dificultat d'aquestes persones d'arribar a un lloc per cercar protecció. A l'article 31§2 de la Convenció de Ginebra també s'estableix que els estats contractants només aplicaran als desplaçaments dels refugiats restriccions que siguin *necessàries*, i que aquestes només seran aplicables en espera que es regularitzi l'estatut de refugiat en l'estat d'acollida o que siguin acollits en un altre país¹⁵.

539. ELS ESTÀNDARDS INTERNACIONALS DE LES DETENCIONS NO ARBITRÀRIES: LEGALITAT, PROPORCIONALITAT, NO DISCRIMINACIÓ, CONTROL I LÍMIT TEMPORAL. Respecte de *quan* les restriccions a la llibertat de circulació són *necessàries*, en general, la detenció només es justifica si hi ha raons per creure que la persona probablement fugirà, té antecedents criminals, o és un perill per a la seguretat nacional. Malgrat això, l'estat d'acollida on efectivament es troba el demandant d'asil té un ample marge de decisió per establir que la detenció és necessària.

El dret internacional, especialment el relatiu als drets humans, ofereix elements per considerar si la detenció és o no *raonablement necessària*¹⁶. En aquest sentit, la doctrina ha dit que els desenvolupaments dels drets humans han dut a *anar més enllà de la doctrina dels poders inherents als estats i cap a l'exigència que les mesures restrictives de la llibertat "siguin prescrites per llei i necessàries en una societat democràtica"*¹⁷. Això especialment important en el cas de persones a qui per alguna raó no els és aplicable l'article 31 de la Convenció de Ginebra, per exemple, perquè han transitat per un tercer país.

La detenció dels refugiats i demandants d'asil *ha d'estar relacionada amb el reconeixement d'un objecte i una finalitat, i cal que hi hagi una relació raonable de*

¹⁵ Artículo 31 *Refugiados que se encuentren ilegalmente en el país de refugio*. 1. Los estados contratantes no impondrán sanciones penales, por causa de su entrada o presencia ilegales, a los refugiados que, llegando directamente del territorio donde su vida o su libertad estuviera amenazada en el sentido previsto por el artículo 1, hayan entrado o se encuentren en el territorio de tales estados sin autorización, a condición de que se presenten sin demora a las autoridades y aleguen causa justificada de su entrada o presencia ilegales. 2. Los Estados contratantes no aplicaran a tales refugiados otras restricciones de circulación que las necesarias, y tales restricciones se aplicaran únicamente hasta que se haya regularizado su situación en el país o hasta que el refugiado obtenga su admisión en otro país.

¹⁶ Guy S. Goodwin-Gill, *Study on the detention of refugees and asylum-seekers*, op. cit., pàgs. 20-27; i *id.*, *The detention of non-nationals, with particular reference to refugees and asylum-seekers*, Center for Migration Studies Ninth Annual National Legal Conference on Migration and Refugee Policy, held in Washington, D.C., 20-21 March 1986, UNHCR, 1986, pàgs. 6-15.

¹⁷ *Ibidem*, pàg. 15.

*proporcionalitat entre la fi i els mitjans*¹⁸.

D'acord amb els estàndards internacionals de l'ACNUR la detenció de demandants d'asil

pot ser considerada com arbitrària si no és conforme a la legislació, si la legislació mateixa autoritza pràctiques arbitràries o si és posa en funcionament de forma arbitrària, si és selectiva o capriciosa o no s'acompanya de procediments justos i eficaços d'examen. També pot revelar-se arbitrària si és desproporcionada o de durada indeterminada.

L'ACNUR també assenyala que

*l'evolució recent dels drets humans suggereix que, per ser conforme a la legislació, la detenció requereix un règim jurídic per oposició a una simple decisió executiva de procedir a la detenció i que, per a que la detenció no sigui arbitrària ha d'estar prescrita per una llei suficientment accessible i precisa i no ha d'incloure elements d'inadequació o d'injustícia*¹⁹.

Per que la detenció dels demandants d'asil sigui legítima i no arbitrària (*lawful and not arbitrary*), cal que sigui conforme no només amb el dret nacional, sinó també amb l'article 31 de la Convenció (sobre l'estatut dels refugiats) i el dret internacional. I cal també que sigui exercida de manera no discriminatòria i estigui subjecta a revisió judicial o administrativa per assegurar que continua essent necessària d'acord amb les circumstàncies, amb possibilitat de posada en llibertat si no hi ha raons per a que continuï²⁰.

En definitiva, la detenció dels demandants d'asil no serà arbitrària d'acord amb els estàndards internacionals si:

1. respecta l'article 31 de la Convenció de Ginebra de 1951 i el dret internacional;
2. està prevista per una legislació interna suficientment accessible, precisa, adequada i justa;
3. ni la legislació interna que la preveu ni la seva aplicació són arbitràries, selectives o discriminatòries;
4. és necessària i proporcionada;
5. és de durada determinada;
6. està subjecta a control o revisió administrativa o judicial.

El Comitè de drets humans també ha considerat que les detencions podien ser arbitràries en funció de criteris d'*inapropiació, injustícia i de manca de predicibilitat*, en Comunicacions relatives a casos dels Països Baixos i d'Austràlia, de 1990 i 1997, respectivament. En la darrera d'aquests comunicacions, el Comitè va considerar que cada

¹⁸ *Ibidem*, pàg. 15.

¹⁹ 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, §10, *Refworld* UNHCR Information, 8^a ed. juliol 1999.

²⁰ ACNUR, *UNHCR Revised Guidelines on applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers*, *loc. cit.*, § 9.

decisió de mantenir una persona en detenció havia d'estar oberta a revisió periòdica per tal d'assegurar que perduraven les raons que justificaven la detenció; i que

En qualsevol cas, la detenció no ha de continuar més enllà del període per al qual l'estat pot proporcionar una justificació apropiada. Per exemple, el fet d'una entrada il·legal pot indicar una necessitat de fer una investigació i poden haver-hi factors específics de l'individu com la probabilitat de fugida i la manca de cooperació, que poden justificar la detenció per un període de temps. Sense aquests factors la detenció pot ser considerada arbitrària, fins i tot quan l'entrada va ser il·legal²¹.

El Comitè de drets humans ha renovat la seva argumentació més recentment en la consideració de detencions com no a arbitràries en casos que afecten demandants d'asil. En un cas de 2003, s'examinava la situació d'un activista iraquí kurd i el seu fill, demandants d'asil a Austràlia, que havien estat detinguts gairebé dos anys. El Comitè va considerar que l'estat no podia justificar vàlidament tota la durada de la detenció i que les autoritats judicial no tenien competència suficient per revocar la continuació de la detenció. El Comitè, però, també es va referir a que l'estat no havia provat que en les circumstàncies particulars del demandant *no hi hagués mitjans menys invasius per assolir els mateixos fins* i, recordant implícitament la jurisprudència del Tribunal europeu de drets humans sobre la necessitat que una mesura d'expulsió estigui *en curs* per considerar justificada una detenció, va prendre en consideració el fet que en el període de temps considerat l'estat aparentment no havia retornat iraquians d'Austràlia²².

Les detencions de demandants d'asil arbitràries, per exemple, perquè no es preveu un període màxim de retenció administrativa mentre es fa l'examen preliminar de la petició de protecció, perquè la durada és excessiva, o perquè no hi ha un control efectiu de la detenció, deixen d'estar autoritzades per l'article 31§2 de la Convenció de Ginebra i es converteixen en sancions prohibides pel paràgraf 1 del mateix article, que disposa la clàusula d'immunitat penal per entrades il·legals en els estats membres.

²¹ CtèDH, dictamen de 23 de juliol 1990, afer *Hugo van Alphen v. The Netherlands*, Comunicació N° 305/1988, § 5.8; CtèDH, dictamen de 30 d'abril de 1997, afer *A v. Australia*, Comunicació N° 560/1993, U.N. Doc. CCPR/C/59/D/560/1993 (1997), § 9.4. En tots dos casos, els governs respectius van refusar l'opinió del Comitè. Es fa referència pel que fa a aquesta qüestió, en el cas d'Austràlia, a l'*Informe 1999* d'Amnistia Internacional, Barcelona: Columna Edicions, 1999, pàg. 53; i, en el cas dels Països Baixos, a CtèDH, *Consideration of Reports submitted by States parties under article 40 of the Covenant. Third periodic reports of States parties due in 1991. Addendum Netherlands [6 February 1995]*, CCPR/C/70/Add.7, 27 de març de 1995, § 53.

²² (T)he Committee observes that the State party has failed to demonstrate that those reasons justified the author's continued detention in the light of the passage of time and intervening circumstances such as the hardship of prolonged detention for his son or the fact that that during the period under review the State Party apparently did not remove Iraqis from Australia. (...) In particular, the State party has not demonstrated that, in the light of the author's particular circumstances, there were not less invasive means of achieving the same end, that is to say, compliance with the State party's immigrations policies, by, for example, the imposition of reporting obligations, sureties or other conditions. CtèDH, dictamen de 18 de setembre de 2003, afer *Omar Sharif Baban v. Australia*, Comunicació N° 1014/2001, CCPR/C/78/D/1014/2001, § 7.2, *ILM* vol. XLII, 2003, pàg. 1494.

b. La posició de l'ACNUR sobre la detenció dels demandants d'asil: motius de detenció i pràctiques recomanades

540. EL PRINCIPI DE LA LLIBERTAT PERSONAL. L'any 1995, per primer cop, l'ACNUR va formular una sèrie de directrius o *guidelines* que recollien principis de dret internacional sobre detenció i la doctrina fins aleshores existent de la pròpia Alta Comissaria. Aquests principis van ser revisats l'any 1999 i constitueixen un conjunt de *normes mínimes* sobre quines conductes poden ser tingudes per correctes per part dels estats, i quines restriccions a la llibertat de circulació poden constituir detenció arbitrària²³.

D'acord amb aquestes directrius el *principi general* és que els demandants d'asil no haurien de ser detinguts (*guideline 2*) d'acord amb la idea que hi ha una *presumpció contra la detenció* (*guideline 3*). La detenció dels demandants d'asil només pot ser un recurs excepcional prescrit clarament per la normativa interna dels estats, de conformitat amb les normes i principis generals del dret internacional dels drets humans. En l'apreciació de la *necessitat* de detenir un demandant d'asil, cal tenir en compte si aquesta mesura és *raonable* i si és *proporcional* als objectius que es persegueixen. Si, en tot cas, es considera necessària, només pot ser imposada de forma no discriminatòria i per a un període mínim de temps (*guideline 3*)²⁴.

541. MOTIUS QUE JUSTIFIQUEN LES MESURES DE PRIVACIÓ DE LLIBERTAT EN LES DIRECTRIUS DE L'ACNUR. La *necessitat* de procedir a la detenció de demandants d'asil en un estat d'acollida pot justificar-se en les raons establertes pel Comitè executiu de l'ACNUR en la Conclusió núm. 44 *Detenció dels refugiats i de persones en cerca d'asil*²⁵ que, després, han estat repeses amb orientacions complementàries a la *guideline 3* del text de 1999.

1. En primer lloc, poden ser detinguts els demandants d'asil quan la seva identitat no ha estat determinada o és en dubte, per tal de verificar-la.
2. En segon lloc, es preveu que els demandants d'asil es podran detenir per tal de *determinar els elements en què es basa una demanda d'asil*. Les *guidelines* de 1999 especifiquen que un demandant d'asil pot ser detingut amb aquest fonament *exclusivament per tal de fer una entrevista preliminar a fi d'identificar les bases de la petició d'asil*, la qual cosa vol dir establir els fets essencials de perquè es cerca asil, sense que això signifiqui que pugui usar-se *aquesta excepció al principi general per justificar la detenció durant tot el procediment de determinació de*

²³ ACNUR, *UNHCR Revised Guidelines on applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers*, loc. cit.

²⁴ En general, partint de la idea que la detenció és una mesura excepcional, s'entén que la llista de factors que poden justificar-la no pot ser exhaustiva, i que, en definitiva, es tracta de trobar un *equilibri* entre l'interès públic i el dret a la llibertat de la persona. Aquesta reflexió és l'eix de les *Directives sur la détention*, de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (Canadà), Ottawa, 12 de març de 1998, especialment part A.

²⁵ ExCOM ACNUR, Conclusió N° 44 (XXXVII), *Détention des réfugiés et des personnes en quête d'asile*, § b.

*l'estatut, o per a un període il·limitat de temps*²⁶.

3. En tercer lloc, la detenció pot estar justificada *quan els demandants d'asil han destruït els seus documents de viatge i/o d'identitat o han usat documents falsos per tal d'induir a error les autoritats de l'estat on tenen la intenció de demanar asil*. En aquest cas, les *guidelines* de 1999 posen l'accent en què, per justificar la detenció en aquest cas cal establir l'absència de bona fe per part del demandant en acatar el procés de verificació d'identitat. Quan els demandants viatgen sense documentació o amb documents falsos, només poden ser detinguts si hi ha una *intenció* d'induir a error o es refusa cooperar amb les autoritats²⁷, és a dir, si hi ha indicis reals d'*abús*.
4. Finalment, en quart lloc, la detenció es pot justificar en la *protecció de la seguretat nacional i l'ordre públic*. En les *guidelines* es diu que això fa referència als casos en què els demandants d'asil tenen antecedents criminals o bé afiliacions que poden posar en risc l'ordre públic o la seguretat nacional²⁸.

El *European Council on Refugees and Exiles (ECRE)*, organització no governamental, ha criticat la posició de l'ACNUR respecte de les raons que poden fonamentar la detenció dels demandants d'asil perquè considera que aquestes ofereixen una base massa ampla als estats per posar en pràctica detencions. Segons aquesta institució, la detenció no hauria de poder ser imposada arbitràriament *o per pura conveniència de les autoritats* i, en aquest sentit, si es té en compte degudament la situació especial dels demandants d'asil, *l'entrada il·legal en el territori d'un estat europeu és per ella mateixa una raó inacceptable per detenir un demandant d'asil*²⁹.

542. ALTERNATIVES A LA DETENCIÓ I PRÀCTIQUES RECOMANADES PER L'ACNUR PER ACARAR EL PROBLEMA DE LES DETENCIONS IL·LEGÍTIMES DELS DEMANDANTS D'ASIL. En les directrius de l'ACNUR de 1999 es fan les propostes d'*alternatives a la detenció* dels demandants d'asil mentre s'examina la seva petició de protecció. Es suggereixen mesures que comportin *supervisió (monitoring requirements)*, bé disposant que el demandant d'asil es presenti periòdicament a les autoritats durant el procediment per a la determinació de l'estatut i sempre que ho requereixi el mateix procediment (*reporting requirements*), o bé establint un lloc de residència determinat o en els límits d'una determinada zona o regió (*residency requirements*)³⁰. Sense voler abastar totes les possibilitats, també es fa referència a d'altres

²⁶ ACNUR, *UNHCR Revised Guidelines on applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers*, loc. cit., guideline 3 (ii).

²⁷ *Ibidem*, guideline 3 (iii).

²⁸ *Ibidem*, guideline 3 (iv).

²⁹ European Council on Refugees and Exiles (ECRE), *Position Paper on the Detention of Asylum Seekers*, abril de 1996, especialment paràgrafs 9-18. El ECRE també condemna fortament el *systematic use of detention as a part of reception or determination procedures in any European state* (§ 6).

³⁰ ACNUR, *UNHCR Revised Guidelines on applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers*, loc. cit., guideline 4 (i).

possibles mitjans: que es demani al demandant d'asil que proporcioni un *avalador* responsable d'assegurar que es presenti davant les autoritats quan sigui requerit (*provision of a Guarantor/Surety*); que es permeti que els demandants d'asil detinguts sol·licitin el seu alliberament sota fiança (*release on bail*), sempre que la quantitat requerida no sigui prohibitiva; o que s'estableixin *centres oberts* on s'hagin d'allotjar els demandants d'asil però d'on puguin sortir d'acord amb els horaris establerts³¹.

En algunes de les *conclusions sobre protecció internacional*, l'ACNUR ha denunciat que molts estats continuen detenint arbitràriament demandants d'asil, fins i tot quan són menors d'edat, per períodes llargs de temps, sense donar-los accés a procediments imparcials de revisió de la detenció, i a institucions com el mateix ACNUR, de manera *incongruent* amb els estàndards de drets humans. L'ACNUR també ha denunciat que, sovint, els demandants d'asil són detinguts només perquè han entrat o es troben il·legalment en el territori, i que sovint se'ls reté amb delinqüents comuns, i no es respecta una de les condicions mínimes de la detenció, que és que els demandants d'asil *no haurien de ser situats en zones on perilli la seva seguretat física*³².

Davant de la constatació que el dret de cercar asil es troba greument amenaçat per la pràctica dels estats, que efectuen detencions arbitràries, bé perquè manquen raons suficients o no s'ha fet una anàlisi adequada de les circumstàncies personals del demandant, bé perquè no es contempla que el cas sigui examinat per un òrgan independent, o bé perquè manca un marc jurídic adequat o duren temps indeterminats o injustificats, el Comitè executiu l'ACNUR va proposar un *conjunt mínim de pràctiques recomanades* el juny de 1999. Entre aquestes pràctiques destaquen, per exemple, que la detenció es prevegi només com a un últim recurs, subsidiari d'altres mesures que no comportin privació de llibertat, i que sempre s'adeqüi a les normes internacionals; que es dicti per *necessitat imperiosa* fonamentada en el dossier personal del demandant; que la durada de la detenció sigui *raonable* i prescrita per llei; i que l'ACNUR, el representant jurídic de la persona i, si de cas, organitzacions no governamentals especialitzades tinguin accés als llocs de retenció, fins i tot a les zones de trànsit dels ports i aeroports internacionals³³.

2. El dret a la llibertat personal en el sistema europeu de protecció dels drets humans i les llibertats fonamentals

543. En el Consell d'Europa, l'Assemblea parlamentària s'ha referit a les mesures de

³¹ *Ibidem*, guideline 4 (ii), (iii) i (iv).

³² ExCOM ACNUR, Conclusió N° 85 (XLIX) *Conclusion on International Protection*, § 21, *dd* i *ee*.

³³ ExCOM del Programa de l'Alt Comissionat, Comitè Permanent (15^a reunió), *Détention 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, *loc. cit.*, § 25-26.

detenció dels demandants d'asil, per exemple, en la Resolució 1471 d'octubre de 2005 *sobre procediments accelerats en els estats membres del Consell d'Europa*, amb criteris similars als de l'ACNUR³⁴. A la resolució es convida els estats a *evitar, de forma general, posar els demandants d'asil en situació de detenció*, ja que es considera que aquesta ha de ser en tot cas l'excepció i que la seva durada ha de ser reduïda al mínim. També se'ls demana que vetllin per que, si no es pot evitar la detenció, separin els detinguts de les persones sotmeses a una privació de llibertat provisional per motius de caràcter penal; que tinguin accés a una assistència jurídica i a serveis d'interpret; i que es permeti a les organitzacions independents accedir a tots els llocs de detenció³⁵. La resolució també demana que els motius de la detenció estiguin limitats i *siguin objecte d'una llista exhaustiva*, amb garanties suficients, incloses les de l'article 5 de la Convenció Europea³⁶.

Com ja s'ha vist en anteriors capítols, el Conveni europeu no es refereix explícitament als demandants d'asil ni, per tant, al seu manteniment en les zones internacionals dels aeroports o detenció en altres llocs. Tot i això, els òrgans de garantia han resolt casos en què el supòsit de fet es referia a situacions d'aquest tipus³⁷, aplicant els criteris per determinar si es tractava d'una privació de llibertat prohibida per l'article 5.

En la forma com ha estat interpretat i aplicat, l'article 5 del Conveni europeu permet considerar els règims de detenció dels demandants d'asil conformes o no a aquesta disposició en funció de criteris com el temps límit de durada de la mesura, l'existència d'un control judicial o amb garanties d'independència, i l'assistència humanitària i social dispensada. L'estàndard europeu, per tant, afegeix tres condicions als estàndards internacionals anteriorment assenyalats per considerar les detencions dels demandants d'asil com a no arbitràries, que són:

1. que hi hagi un control judicial de la detenció, o amb garanties d'independència;
2. que la durada de la detenció no sigui excessiva; i
3. que durant la detenció es dispensi l'assistència humanitària i social necessària.

Els afers més importants resolts pel Tribunal europeu de drets humans en aquest àmbit, que han permès establir un marc legal europeu de la detenció dels demandants d'asil, són els afers *Amuur* contra França, de 1996, i *Čonka* contra Bèlgica, de 2002. Això no obstant, també altres afers tramitats per la Comissió europea ofereixen pautes per a la interpretació de les garanties que el Conveni proporciona als demandants d'asil.

³⁴ *Résolution 1471 (2005) Procédures d'asile accélérées dans les Etats membres du Conseil de l'Europe*, 7 d'octubre de 2005, §8.12.

³⁵ *Ibidem*, §8.12.1-2 i 8.12.4.

³⁶ *Ibidem*, §8.12.3.

³⁷ Per exemple, en el cas de detenció a bord d'un vaixell, TEDH, decisió de 23 de novembre de 1999, afer *M.A et M.M. contre la France*, núm. 39671/98; en què la demanda va ser declarada inadmissible perquè la «*détention*» *prit fin «a bref délai»*, sense que s'arribés a posar en dubte que realment s'havia produït una detenció.

a. *El manteniment dels demandants d'asil en les zones internacionals dels aeroports com a privació de llibertat en el sentit del Conveni europeu de drets humans*

544. Ja l'any 1993, en un afer contra Àustria, la Comissió va haver de considerar la demanda presentada per uns sol·licitants d'asil per violació de l'article 3 i 5 del Conveni, en relació al seu manteniment en l'aeroport de Viena. En aquell cas, la Comissió va considerar la demanda inadmissible però, en la consideració concreta com a *privació de llibertat* d'aquest manteniment a la llum de l'article 5, la Comissió va partir de criteris que la jurisprudència del Tribunal europeu ja havia establert anteriorment, i va fer que es consolidessin com a criteris aplicables a la detenció de demandants d'asil. La Comissió va considerar que, per valorar si la mesura entrava dins de l'àmbit d'aplicació de l'article 5 i si eventualment vulnerava aquesta disposició calia tenir en compte el grau, la durada, els efectes, i les modalitats d'execució de la mesura.

Per fer això, la Comissió va analitzar l'argument relatiu a que els demandants havien estat lliures en tot moment de posar fi al manteniment marxant cap un altre país, i va considerar que, en el cas concret no hi havia hagut privació de llibertat en el sentit de l'article 5§1, ja que les autoritats austríaques havien ofert als demandants la possibilitat de retornar a Xipre, país d'on van venir, i que aquests no havien provat suficientment que les autoritats xipriotes els haurien expulsat cap el seu país d'origen, el Líban, ni que en aquest darrer hi serien exposats a un risc real de maltractaments contraris a l'article 3³⁸.

També es va plantejar la qüestió de la conformitat amb l'article 5 en un altre afer anterior al cas *Amuur*, però en aquell cas, l'informe de la Comissió va haver de concloure el sobreseïment de la causa per manca de compareixença dels demandants, el quals, després d'haver estat refusats cap el seu país d'origen, Sri Lanka, podrien haver tornar a fugir i, en tot cas, ja no estaven localitzables³⁹.

545. L'APLICABILITAT DE L'ARTICLE 5 AL MANTENIMENT DE DEMANDANTS D'ASIL EN LA ZONA INTERNACIONAL DELS AEROPORTS: EL CAS *AMUUR*. En el context del sistema europeu, l'afer que realment ha marcat una fita important en la protecció dels demandants d'asil respecte del manteniment i detenció en les *zones internacionals* i dependències frontereres, ha estat el cas *Amuur contra França*, resolt per sentència del Tribunal el 25 de juny de 1996.

La Comissió va aplicar en el seu informe les mateixes pautes que en l'anterior afer contra Àustria i va considerar, d'acord amb l'argumentació que havia fet el govern que, en realitat, la mesura no comportava un grau de constrenyiment suficient per ser qualificada de privació de llibertat. Segons la Comissió, el manteniment en la zona internacional constituïa certament una *restricció a la llibertat individual* però no atansava el llindar de la

³⁸ CsseDH, decisió sobre admissibilitat de 5 d'abril de 1993, *Samer Saardi, Antonio Mourad et Yolla Semaan Mel-Tabah c. Autriche*, núm. 19066/91.

³⁹ CsseDH, Informe adoptat el 5 de setembre de 1994, *D.S., S.N. i B.T. c. França*, demanda núm. 18560/91.

privació de llibertat ja que els demandants d'asil eren lliures de partir envers una altra destinació. A l'hora de valorar el grau de privació o constrenyiment, la Comissió va establir que calia veure en quina mesura els demandants podien sostreure's de les mesures de manteniment en un lloc. En el cas va considerar que, com que els demandants d'asil haurien haver pogut marxar cap a Síria (país per on haurien transitat abans d'arribar a França), hi havia una possibilitat *real* i no només teòrica de sortir de la zona internacional cap un país tercer⁴⁰.

546. El Tribunal europeu, contràriament a l'opinió de la Comissió, va concloure que en el cas *Amuur* efectivament s'havia produït una privació de llibertat, cosa que feia aplicable l'article 5⁴¹. Com a qüestió de principi, el Tribunal va partir de la seva pròpia jurisprudència anterior respecte de la diferència entre *restriccions* i *privacions* de llibertat, però, en aquest cas, la distinció va adquirir matisos diferents.

El Tribunal va establir que l'article 5 *no es refereix en principi a simples restriccions a la llibertat de circular que obeeixen a l'article 2 del Protocol núm. 4*; i que, per saber si s'està davant d'una *privació* de llibertat, cal tenir en compte les circumstàncies *concretes* de la persona i de la situació en què es troba:

Per determinar si un individu es troba "privat de llibertat" en el sentit de l'article 5, cal partir de la seva situació concreta i prendre en compte un conjunt de criteris com el tipus, la durada, els efectes i les modalitats d'execució de la mesura considerada. Entre privació i restricció de llibertat, només hi ha una diferència de grau o d'intensitat, no de naturalesa o essència (arrêt Guzzardi c. Italie du 6 novembre 1980, série A n° 39, p. 33, § 92)⁴².

El Tribunal va continuar dient que

el manteniment d'estrangers en la zona internacional comporta una restricció a la llibertat, que no podria ser assimilada en tots els aspectes a la patida en els centres de retenció d'estrangers en espera d'expulsió o de reconducció a la frontera. Proveït de garanties adequades per a les persones que en són objecte, un manteniment d'aquest tipus només és acceptable per tal de permetre als estats combatre l'immigració clandestina tot respectant els seus compromisos internacionals, especialment en virtut de la Convenció de Ginebra de 1951 relativa a l'estatut dels refugiats i del Conveni europeu de drets humans; la preocupació legítima dels estats de desbaratar les temptatives cada cop més freqüents de vorejar les restriccions a l'immigració no ha

⁴⁰ CsseDH, informe de 10 de gener de 1995, *Mahad, Lahima, Abdelkader et Mohamed Amuur c. France*, demanda núm. 19776/92, § 42-50. La decisió de la Comissió va ser adoptada per setze vots contra deu. Els deu integrants que van votar en contra van presentar una *Opinió dissident* on consideraven que hi havia hagut *privació de llibertat* i establien que, a parer seu, la llibertat d'una persona de marxar voluntàriament d'un territori on s'ha refugiat pot resultar teòrica si cap país està disposat a acollir-lo, i això, en tots els casos requereix temps per a la clarificació de la situació de la persona. *Opinion dissidente de M. Danelius, M. Rozakis, M. Trechsel, M. Schermers, Mme. Thune, Mme. Liddy, M. Geus, M. Bratza, M. Šváby et M. Ress.*

⁴¹ Contràriament al paper també expressat per la Cort federal Alemanya en la sentència coneguda com a sobre el *procediment en els aeroports* [vid. *supra* Capítol X] de 16 de maig de 1996; Juliane Kokott, "Amuur v. France", *AJIL*, vol. 91, núm. 1, 1997, pàg. 151.

⁴² TEDH, sentència de 25 de juny de 1996, afer *Amuur c. France*, núm. 19776/92, § 42.

*de privar els demandants d'asil de la protecció acordada per aquestes convencions*⁴³.

Finalment, pel que fa a la qüestió de si en el cas concret hi havia hagut privació de llibertat, si bé el tribunal va raonar també en termes d'*alternatives de fugida* cap un país tercer⁴⁴, va anar més enllà del que ho havia fet la Comissió, ja que va tenir en compte l'*especificitat de l'estatut dels demandants d'asil*⁴⁵. Així, el Tribunal va considerar que la

*simple possibilitat per als demandants d'asil de marxar voluntàriament el país d'on entenen que s'hi refugien no podria excloure un atemptat a la llibertat, essent el dret de marxar de qualsevol país, fins i tot el propi, d'altra banda, garantit pel protocol núm. 4 del Conveni; i a més, revesteix un caràcter teòric si cap altre país que ofereixi una protecció comparable a la del país on l'asil és sol·licitat, no està disposat o preparat per acollir-los*⁴⁶.

El Tribunal va tenir en compte, per tant, que Síria no podia oferir un nivell de garanties equivalent que França, tenint en compte que aquest país, aleshores, no era part de la Convenció de Ginebra de 1951 i que, si bé certament s'havien endegat negociacions diplomàtiques perquè el viatge fos possible, la seguretat dels demandants restava sotmesa a la sort d'aquestes últimes, no existint compromisos jurídics internacionals en vigor en aquest estat per a la protecció dels refugiats. El Tribunal va concloure de les dades de l'afer, especialment de la durada de la mesura, de les circumstàncies en què s'havia adoptat la decisió, i de les condicions restrictives en què es va desenvolupar el manteniment, que el manteniment en la zona internacional de l'aeroport de Paris-Orly *equivalia de fet* a una privació de llibertat i, per tant, era aplicable l'article 5 del Conveni europeu⁴⁷.

D'aquesta sentència també s'extreu indirectament que, per a ser considerat segur en relació a persones que reclamen tenir la qualitat de refugiat, un estat com a mínim ha de ser part a la Convenció de Ginebra de 1951. L'obligació de *non-refoulement* garanteix la prohibició que els demandants d'asil no siguin allunyats en circumstàncies de fet que a Europa constituïrien violació o risc de violació de l'article 3 del Conveni Europeu de drets humans.

La sentència del cas *Amuur* del Tribunal europeu de drets humans suposa clarament un fre a les pràctiques abusives dels estats de privar arbitràriament de la possibilitat de demanar asil i accedir als procediments oberts dins del territori a les persones que arribaven a espais fronterers de l'estat. Malgrat això, el fet d'haver estat resolt l'afer per unanimitat va suposar un compromís entre els jutges que es traduí en una certa ambigüïtat pel que fa a qüestions com a què exactament estan obligats els estats quan arriben als

⁴³ TEDH, sentència de 25 de juny de 1996, *Amuur c. France*, núm. 19776/92, § 43.

⁴⁴ Que cal raonar en termes d'*alternatives de fuite* ho exposa Nicolas Wisard, "Rétention et détention dans les aéroports", *ASYL*, núm. 3, setembre de 1995, pag. 70.

⁴⁵ Natacha Kazatchkine, "Observations. Le maintien dans la zone internationale d'un aéroport", *RTDH*, núm. 32, octubre de 1997, pàgs. 671-673.

⁴⁶ TEDH, sentència de 25 de juny de 1996, *Amuur c. France*, núm. 19776/92, § 48.

⁴⁷ *Ibidem*, § 49.

aeroports demandants d'asil⁴⁸.

547. L'EVOLUCIÓ JURISPRUDENCIAL POSTERIOR: EL CAS *SHAMSA*. El Tribunal europeu de drets humans ha ratificat la jurisprudència del cas *Amuur* relativa a la consideració del manteniment de demandants d'asil en zones d'espera dels aeroports com a privacions de llibertat quan es donen determinades circumstàncies, en la sentència el cas *Shamsa* contra Polònia de 27 de novembre de 2003. El tribunal va reprendre l'argument segons el qual establir si una persona es troba privada de llibertat depèn de la situació concreta en que es trobi, tenint en compte una sèrie de criteris, com la durada i les modalitats d'execució de la mesura, però en aquest cas es va afegir el criteri del gènere de les persones detingudes. El tribunal també va refusar en aquest cas la tesi de les autoritats poloneses sobre que, en realitat, els demandants no es trobaven a Polònia, car en zona internacional, i va tenir en compte que van estar-se *de forma efectiva* fins a 14 dies en els locals de la zona vigilats permanentment per agents fronterers sense llibertat per desplaçar-se⁴⁹.

b. La legalitat de la detenció dels demandants d'asil en el sistema europeu: la protecció contra l'arbitrarietat de les autoritats estatals

548. En el sistema europeu de protecció dels drets humans i llibertats fonamentals, d'acord amb la jurisprudència del tribunal, s'interpreta que les privacions del gaudi del dret a la llibertat personal dels estrangers tenen les dues exigències previstes a l'article 5 del Conveni: només poden fer-se en els casos enumerats; i cal que es facin d'acord amb un procediment previst *per llei*, és a dir, que siguin *regulars* o *conformes a dret* (paràgraf 1 f)⁵⁰. Com assenyala Catherine Teitgen-Colly, el Tribunal europeu *interpreta aquesta doble condició com la resta del Conveni als ulls de la finalitat assignada al Conveni pels seus autors, garantir la preeminència del dret*⁵¹.

⁴⁸ Olivier de Schutter, "Privation de liberté et maintien en zone internationale", *RDE*, núm. 89, 1996, pàg. 353.

⁴⁹ TEDH (3^a secció), sentència de 27 de novembre de 2003, afer *Shamsa contre Pologne*, núms. 45355/99 i 45357/99, § 44-47.

⁵⁰ Segons el paràgraf 1 de l'article 5 del Conveni, *Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley (...), o selon les voies légales*, en la versió en francès. Segons l'apartat f d'aquest mateix paràgraf 1, constitueix un dels supòsits en què el Conveni contempla la possibilitat que s'efectuï una detenció, *Si se trata de la detención preventiva o del internamiento, conforme a derecho, de una persona para impedir que entre ilegalmente en el territorio o contra la que esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición*, o, en la versió francesa, *s'il s'agit de l'arrestation ou de la détention régulières d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours*.

⁵¹ 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. 275.

En la interpretació d'aquestes exigències, el Tribunal europeu ha anat configurant una sèrie de *garanties substantives* que van més enllà d'una comprensió estrictament formal del principi de legalitat aplicat a les mesures de detenció o privació de llibertat.

En primer lloc, per ajustar-se a les exigències del Conveni europeu, una detenció ha d'estar motivada per una de les causes previstes a l'article 5§1. L'apartat *f* preveu que la detenció no és contrària al dret a la llibertat si s'aplica per impedir l'entrada il·legal d'estrangers en el territori, o afecta una persona contra qui està *en curs* un procediment d'expulsió o extradició (allunyament del territori o *refoulement*). D'altra banda, la mesura de privació de llibertat ha de tendir *efectivament* a complir l'objectiu pel qual ha estat prescrita, cosa que exclou l'abús de poder o el *détournement de procédure*; i, també cal que la durada de la detenció tingui un caràcter *raonable*⁵².

Aquesta darrera condició es solapa amb la garantia relativa a la limitació de la durada de la detenció, que ha de ser prevista legalment, però cas d'allunyament, el control resulta de l'apreciació que el Tribunal europeu fa de les situacions concretes en què està *en curs* un procediment d'allunyament del territori o *refoulement*, tenint en compte tant la responsabilitat de les autoritats en la durada de la detenció, com de la persona detinguda, com també *circumstàncies excepcionals*⁵³.

En segon lloc, la detenció ha d'estar prevista a la llei. El Tribunal europeu ha precisat que cal apreciar la *legalitat (lawfulness)* de la detenció no només des de la perspectiva del dret intern, sinó també des *del text del Conveni, del principis generals que consagra i de l'objectiu de les restriccions que autoritza l'article 5, paràgraf 1*⁵⁴. Per aquest motiu, en virtut del paràgraf 4 de l'article 5,

les persones arrestades o detingudes tenen dret a un examen del respecte de les exigències de procediment i de fons necessàries per a la "legalitat", en el sentit del Conveni, de la seva privació de llibertat (...),

és a dir que els demandants han

*de disposar d'un recurs que permeti al tribunal competent verificar alhora l'observació de les regles de procediment de la normativa interna, i el caràcter raonable de les sospites que motiven l'arrest, així com la legitimitat de l'objectiu perseguit per aquest*⁵⁵.

b.1. El dret d'entrar en el territori que es deriva de la garantia de la llibertat

⁵² *Ibidem*, pàgs. 282-290.

⁵³ En relació a aquesta qüestió, per exemple, TEDH, sentència de 15 de novembre de 1996, *Chahal v. United Kingdom*, núm. 22414/93, § 113.

⁵⁴ TEDH, sentència de 29 de novembre de 1988, afer *Brogan & others v. United Kingdom*, núms. 11209/84, 11234/84, 11266/84, 11386/85, § 65; TEDH, sentència de 29 d'agost de 1990, afer *E. v. Norway*, núm. 11701/85, § 49; TEDH sentència de 15 de novembre de 1996, afer *Chahal v. United Kingdom*, núm. 22414/93, § 127.

⁵⁵ TEDH, sentència de 29 de novembre de 1988, afer *Brogan v. United Kingdom*, núms. 11209/84, 11234/84, 11266/84, 11386/85, § 65.

personal

549. L'ARBITRARIETAT DE LES DETENCIONS DE DEMANDANTS D'ASIL EN LA ZONA INTERNACIONAL DELS AEROPORTS QUAN ES PRODUUEIXEN EN DETERMINADES CIRCUMSTÀNCIES: EL FONS DE LA SENTÈNCIA DEL CAS *AMUUR*. El Tribunal europeu de drets humans va considerar en la sentència del cas *Amuur* que hi havia hagut violació de l'article 5 del Conveni europeu, pel fet de la detenció durant vint dies en la *zona d'espera* de l'aeroport de Paris-Orly de quatre somalis que volien presentar demandes d'asil a França. Segons el TEDH, la durada de la mesura havia estat excessiva, i les condicions de la detenció havien estat inadequades, perquè no hi havia hagut control judicial del manteniment en el temps de la detenció, ni tampoc les persones afectades havien tingut accés a les autoritats competents per pronunciar-se sobre la qualitat de refugiats que al·legaven. El fet que els detinguts eren demandants d'asil, és a dir que, eren persones que presumptament havien fugit del seu país pel risc que corrien per a la seva vida i integritat personals, va contribuir a l'apreciació de violació del Conveni per part del Tribunal⁵⁶.

En analitzar a la sentència *Amuur* la compatibilitat de la *privació de llibertat* amb el paràgraf 1 de l'article 5 del Conveni, el TEDH va considerar que l'objectiu de la disposició, protegir l'individu contra l'arbitrarietat⁵⁷, feia que l'exigència que qualsevol privació de llibertat fos efectuada *segons les vies legals* s'hagués d'interpretar tant des d'una perspectiva *formal*, com *material* o substantiva.

Des del punt de vista *formal*, el *principi de legalitat* imposa que respecte de qualsevol cas de privació de llibertat existeixi una *base legal* en dret intern, és dir, una norma del tipus que sigui, tant si es tracta d'una *lleï* en el sentit més estricte com si no⁵⁸. Des del punt de vista substantiu o de *legalitat material*, l'exigència d'una base legal comporta que la norma tingui una *qualitat mínima*, és a dir, que sigui compatible amb el principi de la *preeminència del dret*, noció inherent al conjunt d'articles del Conveni⁵⁹.

En aquest sentit, per cercar si una privació de llibertat ha respectat el *principi de*

⁵⁶ El TEDH va reprendre els arguments principals de l'opinió dissident de deu membres de la Comissió que no estaven d'acord amb el dictamen que la Comissió havia adoptat per majoria (16 a favor, 10 en contra) en el mateix cas. L'opinió dissident, adjunta al dictamen de la Comissió, va ser formulada per H. Danelius, C.L. Rozakis, S. Trechsel, H.G. Schermers, G.H. Thune, J. Liddy, J.-C. Geus, N. Bratza, D. Šváby i G. Ress. CSEDH, informe de 10 de gener de 1995, afer *Mahad, Lahima, Abdelkader et Mohamed Amuur c. France*, *Rapport de la Commission*, núm. 19776/92.

⁵⁷ Que l'objectiu de l'article 5 del Conveni europeu és *protegir l'individu contra l'arbitrarietat* s'expressa al paràgraf 50 de la sentència del cas *Amuur c. France* i també en altres sentències com, per exemple, TEDH, sentència de 18 de desembre de 1996, afer *Scott c. Espanya*, núm. 21335/93, § 56, i sentència d'1 de juliol de 1961, afer *Lawless v. Ireland*, núm. 332/57, § 14 (3). Sobre aquest aspecte, i en general, sobre el paràgraf 1 de l'article 5 del CEDH, Jan De Meyer, "Article 5 § 1", Louis-Edmond Pettiti, Emmanuel Decaux, Pierre-Henri Imbert, (dirs.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris: Economica, 1995, pàgs. 189-201.

⁵⁸ Sobre la *doble dimensió del principi de legalitat*, Catherine Teitgen-Colly, "L'éloignement des étrangers et les article 5 et 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme", *loc. cit.*, pàgs. 276-278.

⁵⁹ TEDH, sentència de 25 de juny de 1996, *Amuur c. France*, núm. 19776/92, §50.

legalitat interna, segons la sentència del cas *Amuur*, incumbeix al Tribunal apreciar

no només la legislació en vigor en l'àmbit considerat, sinó també la qualitat de les altres normes jurídiques aplicables als interessats. Una qualitat tal implica que una llei nacional que autoritzi una privació de llibertat -sobretot quan es tracta d'un demandant d'asil- sigui suficientment accessible i precisa per tal d'evitar qualsevol perill d'arbitrarietat.

Aquestes característiques

*revesteixen una importància fonamental en l'àmbit dels demandants d'asil en els aeroports, tenint en compte especialment la necessitat de conciliar la protecció dels drets fonamentals i el imperatius de la política d'immigració dels estats*⁶⁰.

En el cas que es judicava, el Tribunal va acabar considerant que la normativa existent a França abans de la *Loi* de juliol de 1992 que va regular l'estatut de les persones detingudes en les zones de trànsit (disposicions imprecises, circulars no publicades), no constituïen una llei d'una qualitat suficient en el sentit de la jurisprudència del Tribunal. És a dir, no oferien una protecció adequada i la seguretat jurídica necessària per prevenir els atemptats arbitraris del poder públic als drets garantits pel Conveni⁶¹.

550. També des de la perspectiva substantiva, el Tribunal europeu va constatar que, en la normativa existent a França a l'època dels fets mancaven una sèrie de *garanties* que sí es trobaven en la legislació posterior.

Les garanties essencials que cal que contingui la previsió normativa interna per als casos de privació de llibertat, és a dir, les exigències relatives al contingut de la *base legal*, són:

1. que hi hagi una *garantia jurisdiccional*, és a dir, que es permeti al jutge ordinari controlar les condicions d'estada dels estrangers;
2. que hi hagi una *garantia temporal* o que s'imposi a l'administració un límit a la durada del manteniment o detenció; i
3. que hi hagi una garantia relativa a les condicions en què es desenvolupa efectivament la detenció, és a dir que es prevegi l'existència d'un *acompanyament jurídic, humanitari i social* per tal que s'assegurin les gestions necessàries de la condició de les persones com a demandants d'asil⁶².

El tribunal, finalment, va concloure que el sistema jurídic francès en vigor a l'època dels fets del cas *Amuur* i la seva aplicació no van *garantir de manera suficient el dret dels demandants a la seva llibertat* i que, per tant, s'havia vulnerat l'article 5§1 del Conveni⁶³. En la valoració de les circumstàncies concretes del cas *Amuur*, el TEDH va considerar que

⁶⁰ *Ibidem*, § 50.

⁶¹ *Ibidem*, § 53. La sentència *Amuur c. France* en aquest aspecte és una aplicació d'una jurisprudència anterior del Tribunal europeu segons la qual la *qualitat de la llei* es fonamenta en la seva *accessibilitat, precisió i previsibilitat*; TEDH, sentència de 2 d'agost de 1984, *Malone c. Royaume-Uni*, núm. 8691/79, § 67.

⁶² TEDH, sentència de 25 de juny de 1996, afer *Amuur c. France*, núm. 19776/92, §53.

⁶³ *Ibidem*, § 54.

constituïa un fet significatiu que durant vint dies els demandants d'asil no havien tingut cap possibilitat d'accedir a les autoritats competents per pronunciar-se sobre la seva condició de refugiats, cosa que indica que el tribunal es recolza en la consideració que els refugiats tenen dret general d'accedir a un procediment d'asil, malgrat que ni el refugi ni l'asil es contemplin expressament en el Conveni europeu.

551. De la sentència *Amuur* s'extreu que normatives vigents en alguns estats europeus no s'adeqüen completament als estàndards establerts en el sistema europeu. Per exemple, la normativa vigent al Regne Unit, com es veurà més endavant, no conté un dispositiu precís, accessible i públic sobre en quines circumstàncies els demandants d'asil seran detinguts en les zones internacionals, i tampoc es preveu una durada màxima de la detenció.

Aquesta sentència suposa un límit important a les pràctiques de detenció de demandants d'asil per part dels estats europeus, ja que s'estableixen uns criteris mínims a partir dels quals pot determinar-se quan es pot considerar que la detenció d'un demandant d'asil és arbitrària d'acord amb l'article 5 del Conveni. A més, l'establiment d'una detenció com arbitrària i la conseqüent posada en llibertat té com efecte connex l'aparició o, millor dit, la supervivència del dret de la persona que cerca asil *d'entrar* en el territori del potencial estat d'acollida, quan no es compleixen els requisits mínims per a que una detenció en frontera sigui acceptable d'acord amb els estàndards internacionals, i quan tampoc és possible un allunyament immediat.

D'aquesta manera el Conveni europeu de drets humans pot obligar un estat a *obrir les seves fronteres a estrangers que no desitja admetre directament* i, com posa en relleu Nicolas Wisard, això és coherent amb l'afirmació de la Comissió i el Tribunal d'acord amb la qual el Conveni no conté, com a tal, un dret d'entrada dels estrangers en el territori dels estats membres *ja que només es tracta d'un dret excepcional derivat de la llibertat personal*⁶⁴.

b.2. La indeterminació del període màxim de detenció com a causa d'arbitrarietat i sanció aplicable

552. LA SENTÈNCIA DEL CAS *SHAMSA*. En el cas *Shamsa* els demandants eren dos germans libis que residien il·legalment a Varsòvia i que figuraven en un registre de persones indesitjables en el país, un dels quals va demanar ser reconegut com a refugiat. Després de ser requerits en un control d'identitat per que presentessin la seva documentació i no podent-ho fer, van rebre una ordre d'expulsió executable en el termini de 90 dies, i van ser detinguts per tal de ser expulsats. Entre els dies 24 d'agost de 1997 (darrer dia del termini màxim fixat a la decisió d'allunyament) i 11 de setembre de 1997, es van fer fins a tres temptatives d'expulsió. En tots tres casos els demandants van acabar tornant voluntàriament o per força a Polònia des dels llocs de trànsit on havien fet escala per

⁶⁴ Nicolas Wisard, "Rétention et détention dans les aéroports", *loc. cit.*, pàg. 70.

prosseguir el trajecte (Praga, El Caire i Tunis), ja que no hi havia cap vol directe cap a Líbia. Després de l'últim retorn, l'11 de setembre, els demandants van continuar detinguts a l'aeroport de Varsòvia sota l'autoritat de la policia fronterera. El 23 de setembre van decidir començar una vaga de fam, cosa que va fer que fossin conduïts a un hospital el 3 d'octubre, d'on ells mateixos van marxar al cap d'unes hores, sense que ningú els hi posés cap impediment.

El Tribunal europeu va afirmar, en la línia de la seva jurisprudència anterior, que *la «regularitat» de la detenció respecte del dret intern és un element essencial però no decisiu*, i que calia que el dret intern s'ajustés també als principis del Conveni, entre els quals es trobava el principi de seguretat jurídica:

és essencial que les condicions de privació de llibertat en virtut del dret intern estiguin clarament definides i que la llei sigui previsible en la seva aplicació, de manera que es compleixi el criteri de la «legalitat» fixat pel Conveni, que exigeix que tota llei sigui suficientment precisa per permetre al ciutadà preveure, amb un grau raonable en les circumstàncies de la causa, les conseqüències que es deriven d'un acte determinat⁶⁵.

En el cas concret, el tribunal va tenir en compte que el 25 d'agost de 1997 s'acabava el termini en què, segons la normativa interna, podia executar-se l'ordre d'expulsió i que, per tant, els demandants havien d'haver estat alliberats després que caduqués la base legal de la detenció. Les autoritats poloneses van continuar intentant executar l'expulsió malgrat *l'absència de qualsevol disposició precisa que indiqués si la detenció en la zona reservada a les persones indesitjables en el territori polonès, en vistes a executar la decisió d'expulsió després de l'expiració del termini legal fixat per la llei, podia tenir lloc⁶⁶*. Per això, la sentència conclou que la llei polonesa no satisfia les condicions de *previsibilitat* requerides per l'article 5§1:

el fet de detenir un individu en aquesta zona durant un període indeterminat i imprevisible sense que aquesta detenció es fonamenti en una disposició legal concreta o en una decisió judicial vàlida, és contrari al principi de la seguretat jurídica, que està implícit en el Conveni i que constitueix un dels elements fonamentals de l'estat de dret⁶⁷.

Els casos *Amuur* i *Shamsa* eren molt similars en qüestions de fet bàsiques: en tots dos casos es tractava de detencions en zones internacionals d'aeroports, hi havia un problema d'escassa *qualitat* de la normativa interna, i les privacions de llibertats havien durant un temps similar (20 dies a *Amuur* i 23 dies a *Shamsa*). Però en la sentència del cas *Shamsa*, a diferència de la sentència en el cas *Amuur*, es va reconèixer als demandants un dret de satisfacció equitativa al dany sofert, d'acord amb l'article 41 del Conveni europeu, de 4.000 € per cada un, a banda de les costes (3.000 € conjuntament).

⁶⁵ TEDH, (3^a secció), sentència de 27 de novembre de 2003, afer *Shamsa contre Pologne*, núms. 45355/99 i 45357/99, § 48-49.

⁶⁶ *Ibidem*, § 57.

⁶⁷ *Ibidem*, § 58.

b.3. Les pràctiques abusives dels estats com a detencions prohibides per l'article 5§1 del CEDH

553. LA SENTÈNCIA DE L'AFER ČONKA CONTRA BÈLGICA. El matrimoni Čonka i les seves dues filles eren nacionals d'Eslovàquia d'origen gità que, després d'haver patit repetidament amenaces, insults i maltractaments físics per part de grups *skin-head* en el seu país, van fugir cap a Bèlgica i hi van demanar asil. Les demandes d'asil van ser refusades, així com també tots els recursos presentats contra les decisions de refús. A finals de setembre de 1999 la policia de la ciutat de Gant va lliurar a varies desenes de gitanos eslovacs, entre els quals hi havia la família Čonka, unes convocatòries (escrites en holandès i en eslovac) per a que es presentessin l'1 d'octubre davant de les autoritats per tal de completar els dossiers relatius a les seves demandes d'asil, segons la informació que se'ls va donar.

Un cop a comissaria el dia assenyalat es va lliurar a totes les persones que s'hi van presentar una ordre d'allunyament del territori amb data del dia 29 de setembre, juntament amb una decisió de reconducció a la frontera eslovaca i de privació de llibertat per a aquesta finalitat. El document que se'ls va lliurar tenia una redacció idèntica per a tothom i s'indicava la possibilitat de presentar recurs en el termini de 60 dies contra la decisió d'expulsió i contra la privació de llibertat. Al cap de poques hores, la família Čonka, juntament amb la resta de persones i un intèrpret, va ser conduïda a un centre de trànsit tancat prop de l'aeroport de Brussel·les. Durant la detenció van rebre la visita d'una delegació de parlamentaris belgues, del cònsol d'Eslovàquia, i de delegats d'algunes ONG i metges. El 5 d'octubre tots els detinguts van ser conduïts a l'aeroport militar de Melsbroek, on se'ls hi va escriure amb bolígraf a la mà el número de seient que els pertocava a l'avió i, a mitja tarda, l'avió es va enlairar cap a Eslovàquia.

La sentència del cas Čonka va tenir un ressò força important perquè el Tribunal europeu va decidir per una majoria ajustada de 4 vots contra 3 que s'havia violat l'article 4 del Protocol 4^{art} del Conveni europeu que prohibeix les expulsions col·lectives. El Tribunal, però, també va considerar per unanimitat que s'havien vulnerat els paràgrafs 1, 2 i 4 de l'article 5, que estableix el dret a la llibertat personal.

554. Com que un procediment d'expulsió estava en curs, el TEDH va considerar que l'arrest entrava dins de l'àmbit d'aplicació de l'apartat *f* de l'article 5§1, i que no era pertinent considerar si la detenció era *raisonablement nécessaire*, cosa que la disposició no exigeix. El tribunal va partir també en aquest cas de la idea que allò que es requeria era la legalitat formal i substantiva de la mesura i que s'assegurés que es complia l'objectiu de l'article 5, protegir les persones contra l'arbitrarietat.

D'acord amb aquestes consideracions el TEDH va establir que, si bé certament es pot admetre que els agents de policia usin certes estratagemes per perseguir activitats criminals, el fet que l'administració es comporti amb la finalitat de donar confiança als demandants d'asil per detenir-los i expulsar-los *no està exempt de crítica respecte dels*

*principis generals enunciats al Conveni o que el Conveni implica*⁶⁸. El tribunal va considerar que la redacció de la convocatòria lliurada als demandants no era el resultat de la casualitat sinó que l'equívoc era, al contrari, volgut per l'administració per tal d'incitar el major nombre de destinataris a seguir les indicacions que s'hi incloïen.

Per al tribunal, el llistat d'excepcions al dret a la llibertat personal de l'article 5§1 té un caràcter exhaustiu i, per això, únicament una interpretació restrictiva s'ajusta a l'objectiu de la disposició. Aquesta exigència es reflecteix també en la *fiabilitat* de les comunicacions adreçades als demandants, independentment que la seva estada en el país sigui legal o il·legal i, d'això, el tribunal dedueix que

*no és compatible amb l'article 5 que, en el marc d'una operació planificada d'expulsió i amb un afany de facilitat o d'eficàcia, l'administració decideixi conscientment enganyar persones, fins i tot si es troben en situació il·legal, sobre l'objectiu d'una convocatòria, per privar-los millor de la seva llibertat*⁶⁹.

El tribunal també va refusar l'argument de Bèlgica sobre la suficiència dels recursos previstos per fer front a les mesures de detenció i d'expulsió. Segons la sentència, diversos elements van afectar l'accessibilitat i l'efectivitat dels recursos disponibles i van eliminar les possibilitats reals per als demandants d'atacar les decisions que els afectaven: que un únic intèrpret present durant només unes hores no podia raonablement haver donat a l'abast per fer comprendre a les persones detingudes les comunicacions orals i escrites que se'ls adreçaven, que no es va preveure cap mena d'assistència jurídica, i que hauria estat inútil que l'advocat de la família Čonka, que es va assabentar de la situació pel president d'una ONG, presentés un recurs que mai hagués pogut ser examinat abans del dia 6 d'octubre, és a dir, després que l'expulsió ja hagués estat executada⁷⁰.

Segons el tribunal, els paràgrafs 2 i 4 de l'article 5, que disposen el dret de ser informat de les raons de la detenció i el dret de disposar d'un recurs efectiu relatiu al control de la legalitat de la detenció que suposi l'alliberament de la persona en cas de tenir èxit, també van ser vulnerats.

3. Les previsions relatives a la detenció dels demandants d'asil en la normativa comunitària europea

555. Tant la Directiva 2003/9/CE del Consell *per la que s'aproven normes mínimes per a l'acollida dels sol·licitants d'asil en els estats membres*⁷¹, com la Directiva 2005/85/CE *sobre normes mínimes per als procediments que han d'aplicar els estats*

⁶⁸ TEDH (secció 3^a), sentència de 5 de febrer de 2002, afer *Čonka contre Belgique*, núm. 51564/99, §41.

⁶⁹ *Ibidem*, § 42.

⁷⁰ *Ibidem*, § 43-46.

⁷¹ *Directiva 2003/9/CE del Consejo de 27 de enero de 2003 por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros*, DOUE de 6.2.2003, N° L 31/18.

membres per concedir o retirar la condició de refugiat⁷², contenen només referències poc constrenyents per als estats en relació a la detenció dels demandants d'asil.

A la primera d'elles, sobre *normes mínimes per a l'acollida dels sol·licitants d'asil en els estats membres*, es regula conjuntament la residència i la llibertat de circulació, i s'estableix que

Els demandants d'asil podran circular lliurement pel territori de l'estat membre d'acollida o dins d'una zona que els hagi assignat aquest estat membre

I que

Els estats membres podran assignar residència al sol·licitant d'asil per raons d'interès públic, d'ordre públic o quan així ho requereixin la tramitació ràpida i la supervisió eficaç de la seva sol·licitud⁷³.

Finalment, d'acord amb la directiva sobre acollida, els estats també podran preveure la detenció dels demandants d'asil (que a la directiva s'anomena *confinament*), d'acord amb la previsió següent:

Quan resulti necessari, per exemple, per motius jurídics o d'ordre públic, els estats membres podran confinar un sol·licitant d'asil en un lloc determinat de conformitat amb la seva legislació nacional⁷⁴.

Els estats, per tant, podran aplicar les mesures de detenció que considerin oportunes, sempre que sigui *necessari*, i es prevegi en la seva normativa interna (si aquesta és la interpretació que es fa de l'expressió ambigua *motius jurídics*) o ho requereixi l'ordre públic. No es preveu un nombre exhaustiu de causes que poden permetre l'aplicació de mesures de detenció dels demandants d'asil, ni tampoc que els estats estableixin aquestes causes ja que, en definitiva, la determinació de l'*ordre públic* és una competència reservada als estats tal com resulta del Tractat de la Comunitat Europea⁷⁵.

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 únicament estableix que els estats membres no mantindran detinguda a una persona per l'única raó que sigui sol·licitant d'asil. Pel que fa a les garanties de procediment, el grau de constrenyiment dels estats és ínfim, ja que només es preveu que, quan es mantingui detingut a un demandant d'asil, els estats *vetllaran* per que existeixi la possibilitat d'una

⁷² Directiva 2005/85/CE del Consejo de 1 de diciembre de 2005 sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado, DOUE de 13.12.2005, N° L 326/13-34.

⁷³ Article 7§1-2 de la Directiva 2003/9/CE d'acollida. També es preveu que els estats podran condicionar la prestació de les condicions materials d'acollida previstes a l'efectiva residència dels sol·licitants d'asil en un determinat lloc, que serà fixat per part dels estats (§4).

⁷⁴ *Ibidem*, Article 7§3.

⁷⁵ La vaguetat en la directiva d'acollida en relació a les circumstàncies i els motius en què una mesura de detenció ha de ser aplicada també va ser criticada per part del Comitè sobre la Unió Europea de la House of Lords britànica, que va considerar que calia que les directives fossin *explícites respecte de les circumstàncies en què la detenció està justificada*. House of Lords-Select Committee on European Union (UK), *Eighth Report. Minimum standards of reception conditions for asylum seekers*, 27 de novembre de 2001, § 92.

revisió judicial ràpida⁷⁶. Aquesta revisió, d'acord amb la directiva, no caldria ni que estigués *garantida*, cosa que evita la possibilitat d'invocació del dret a una revisió judicial per a que tingui efectes directes en futurs procediments davant de jutges i tribunals interns dels estats.

Per ara, les dues directives plantegen una harmonització del dret dels estats membres que pel que fa a la detenció dels demandants d'asil està molt per sota dels estàndards internacionals i europeus, així com també de les propostes de la Comissió en cas de detenció de persones que es troben en situació il·legal en la Unió Europea. Els demandants d'asil no es consideren persones en situació il·legal d'acord amb aquestes previsions, sinó que només ho són quan han deixat de ser demandants d'asil, és a dir quan ja han rebut una decisió definitiva denegant l'asil o l'estatut de refugiat⁷⁷.

B. LES LIMITACIONS TEMPORALS DE LA DETENCIÓ DELS DEMANDANTS D'ASIL

1. El temps de durada de la detenció com a motiu d'il·legimitat de la mesura de privació de llibertat

556. DURADA RAONABLE I PRESCRITA PER LLEI. D'acord amb els estàndards internacionals, per a que les detencions dels demandants d'asil siguin legítimes i no arbitràries, la seva durada ha de ser *raonable* i prescrita per llei⁷⁸, és a dir que, en principi ha d'estar determinada *a priori* pel que fa a la seva durada màxima. La perspectiva d'una detenció indefinida pot ser considerada, des d'aquest punt de vista, una mesura que no respecta els estàndards internacionals, i en alguns casos, tampoc les exigències constitucionals

⁷⁶ Article 18 de la Directiva 2005/85/CE de procediments.

⁷⁷ *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. En aquesta proposta de directiva es pretén, entre altres coses, limitar l'ús de l'internament temporal i supeditar-lo al principi de proporcionalitat, i establir unes garanties mínimes per a la pràctica d'aquest internament; *Ibidem*, pàg. 4/22.

⁷⁸ Així ho destaquen l'ACNUR [Comitè Executiu del Programa de l'Alt Comissionat, Comitè Permanent (15^a reunió), *Détention 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, *loc. cit.*, paràgraf 26 viii]; el Comitè de Ministres del Consell d'Europa a la *Recommandation n° R (94) 5 relative aux directrices devant inspirer la pratique des Etats membres du Conseil de l'Europe à l'égard des demandeurs d'asile dans les aéroports européens* de 21 de juny de 1994 (adoptada a la reunió 515 del delegats dels ministres), §10; i l'Assemblea Parlamentària del Consell d'Europa, *Recommandation 1475 (2000) Arrivée de demandeurs d'asile dans les aéroports européens*, adoptada el 26 de setembre de 2000 §10.i.d., que es refereix a la necessitat que es defineixi la durada màxima de la retenció en els aeroports o en centres d'acollida mentre es tramita una demanda d'asil.

internes⁷⁹. Això no obstant, en cap instrument o text normatiu internacional s'especifiquen criteris concrets en relació al temps màxim durant el qual una persona que demana asil pot ser detinguda, o sobre quin període de temps pot ser considerat *raonable* en els diferents casos de detenció, ni tampoc a partir de quin moment cal que hi hagi un control jurisdiccional de la legitimitat de la detenció o del seu manteniment.

Malgrat això, la interpretació que el Tribunal europeu de drets humans ha fet de les garanties que conforma l'article 5§1 f del Conveni europeu per a la protecció dels drets humans i les llibertats fonamentals proporciona algunes pautes per considerar si la durada de la privació de llibertat és excessiva en casos de detenció prèvia a l'allunyament d'estrangers.

557. LA VIGÈNCIA DE LA JUSTIFICACIÓ DE LA DETENCIÓ: PROCEDIMENTS DE POLÍTICA MIGRATÒRIA *EN CURS*. La conformitat amb l'article 5 d'una mesura de detenció depèn de que la mesura sigui inicialment legítima d'acord amb aquests paràmetres, però també de que el procediment d'expulsió, d'extradició, o per impedir que una persona entri il·legalment en el territori (cosa que inclouria els procediments d'admissió en el territori o d'admissibilitat de els demandes d'asil) estigui *en curs* durant tot el temps de la detenció.

En una sentència de 15 de novembre de 1996, en l'afer *Chahal contra el Regne Unit* el TEDH va dir que

només el desenvolupament del procediment d'expulsió justifica la privació de llibertat fonamentada en aquesta disposició. Si el procediment no és conduït amb la diligència requerida, la detenció cessa d'estar justificada a la vista de l'article 5.1 f.

A partir d'aquest raonament, es diu que, només llavors, cal *determinar si la durada del procediment d'expulsió ha estat excessiva*⁸⁰.

A la pràctica, si els procediments que justifiquen la detenció són *en curs*, només la manca de diligència de les autoritats pot determinar que la durada de la detenció sigui excessiva en relació a l'element que la justifica⁸¹. El Tribunal europeu sempre ha

⁷⁹ En una sentència de la Court of Appeals dels Estats Units d'Amèrica, per exemple, s'estableix molt clarament que, tot i que l'administració pugui tenir competència per detenir indefinidament una persona per tal de procedir al seu allunyament d'acord amb la normativa sobre immigració, si ja no hi ha cap possibilitat pràctica de retornar la persona, la detenció deixa de ser un instrument admès en el context de la política migratòria. En casos com aquests, si la detenció es perpetua, *detention has crossed the line from permissive regulatory confinement to impermissible punishment without a trial*. Court of Appeals for the Sixth Circuit (USA), sentència de 31 de gener de 2001, *Rosales-Garcia v. J.T. Holland*, *IJRL*, vol. 13, núm. 3, 2001, pàg. 425.

⁸⁰ TEDH, sentència de 15 de novembre de 1996, afer *Chahal v. United Kingdom*, núm. 22414/93, § 113. També en el sentit que si el procediment no és conduït per les autoritats amb la diligència requerida, la detenció cessa d'estar justificada respecte de l'article 5.1 f, per exemple, TEDH, sentència de 22 de març de 1995, afer *Quinn c. France*, núm. 18580/91, § 48.

⁸¹ Igual que passa en els casos de detenció preventiva en el marc de procediments penals, si bé l'estat té un marge d'apreciació considerable, especialment en supòsits que afecten la seguretat nacional, com en cas de terrorisme, el límit de la *raonabilitat* de la durada detenció no pot ser mai ultrapassat, i aquest està directament vinculat a la diligència de les autoritats de l'estat en la conducció dels procediments particulars relatius a les persones detingudes, bé sigui en la instrucció en el cas de sospita de comissió de delictes, bé en el procediment d'allunyament. En un cas de detenció preventiva en el marc de la lluita antiterrorista, el TEDH

considerat les circumstàncies del cas concret i, per ara, la seva jurisprudència no permet objectivar la durada màxima de les mesures de detenció basades en l'aplicació d'instruments de política migratòria (admissió i allunyament). Malgrat això, s'han perfilat criteris per tal de contribuir a l'anàlisi de les diferents situacions durant tot el període en que es mantingui la privació de llibertat.

Que el Tribunal europeu té en compte les circumstàncies del cas concret també en el cas de persones demandants d'asil es demostra, per exemple, en el cas *Solhan contra els Països Baixos*, en què es va declarar la demanda inadmissible entre d'altres coses, perquè d'acord amb el TEDH

*ni és l'interès de l'individu ni és de l'interès general en l'administració de justícia que aquestes decisions siguin adoptades precipitadament, sense tenir degudament en compte totes les qüestions i proves rellevants*⁸².

El Tribunal europeu ha considerat que mesures de detenció havien tingut una durada excessiva en uns casos quan s'havien aplicat per períodes de més de dos anys i, en d'altres, fins i tot, quan havien durat només una nit.

558. DURADA EXCESSIVA D'UNA DETENCIÓ. En l'afer *Bozzano contra França*, una sola nit de detenció va ser considerada excessiva i arbitrària perquè les autoritats van actuar amb abús d'autoritat. Lorenzo Bozano va ser detingut per ser expulsat en una mesura qualificada d'*extradition déguisée*, ja que pretenia capgirar l'opinió desfavorable a l'extradició dels tribunals interns⁸³. En canvi, no es va tenir per contrària a l'article 5§1 del Conveni europeu la detenció per un període de sis anys, mentre estava pendent un procés d'expulsió en l'afer *Chahal contra el Regne Unit*, ja que es van sobrevalorar tant les possibilitats ofertes al detingut per formular observacions i sotmetre informacions sobre el seu afer, com la necessitat que les autoritats fessin un examen minuciós del cas⁸⁴. En aquell cas, relatiu a un nacional indi activista de la causa *sikh*, les autoritats governatives invocaven raons de seguretat nacional, però val a dir que el Chahal no havia estat condemnat per cap causa en el país (dues condemnes per aldarulls de 6 i 9 mesos van ser anul·lades per defectes en el

va considerar que aquesta diligència especial era requerida de les autoritats nacionals, que no podien escudar-se il·limitadament en el risc per a la seguretat nacional, TEDH, sentència de 9 de novembre de 1999, afer *Debboub alias Hussein Ali c. France*, núm. 37786/97, § 39-47. En aquest cas la durada de la detenció va ser de 4 anys, dos mesos i deu dies, i el tribunal va considerar que, si bé, certament els arguments de les autoritats podien ser considerats vàlids per mantenir la detenció en determinats moments, sobretot en l'inici, la durada de la detenció exigeix que la seva raonabilitat es mantingui durant tot el període, cosa que requereix una justificació convincent i una diligència per part de les autoritats que no es va donar sempre amb prou intensitat.

⁸² TEDH, decisió de 16 de gener de 2001, afer *Solhan v. The Netherlands*, núm. 48784/99, §3. En el cas el període de detenció era de quelcom més de 7 mesos (29/10/1998-11/6/1999) però en ell s'havien desenvolupat i resolt dos procediments d'asil i un d'apel·lació (de la primera decisió).

⁸³ TEDH, sentència de 18 de desembre de 1986, afer *Bozano c. France*, núm. 9990/82, §54 i 60.

⁸⁴ Per a Sylvie Sarolea aquesta és una *consequència absurda*; Sylvie Sarolea, "La jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme en matière d'éloignement et de détention des étrangers au départ de l'arrêt *Chahal*", *RDE*, núm. 92, 1997, pàg. 35.

procediment), i únicament es trobava il·legalment en el país després de ser-li refusat l'asil⁸⁵.

En a l'afer *Kolompar contra Bèlgica*, tampoc la detenció per un període de dos anys i vuit mesos mentre es desenvolupava un procediment d'extradició es va considerar contrària a l'article 5, ja que els retards es derivaven del comportament de l'interessat i no eren imputables a l'estat⁸⁶.

En una sentència de gener de 2005, tot reprenent la jurisprudència *Chahal*, el Tribunal europeu va considerar contrària a l'article 5§1 del Conveni una detenció que havia durat dos anys i mig. En el cas *Singh* contra la República Txeca, el tribunal va partir de la consideració que

*únicament el desenvolupament del procediment d'expulsió justifica la privació de llibertat fonamentada en l'article 5.1.f, i que si el procediment no és menat amb la diligència requerida, la detenció cessa d'estar justificada en relació a aquesta disposició*⁸⁷.

L'objectiu de l'article 5, recorda el tribunal, és protegir les persones contra les arbitrietats de les autoritats en l'àmbit del dret a la llibertat personal.

Balbir Singh i Bakhschisch Singh eren dos nacionals indis que havien rebut una ordre d'expulsió després d'haver complert una pena de presó de 21 mesos per haver ajudat a altres persones a entrar il·legalment en territori txec. La detenció mentre esperaven ser expulsats va durar dos anys i mig (des de l'11 d'agost de 1998, un cop exhaurit el temps de presó, fins l'11 de febrer de 2001), període durant el qual els demandants també van demanar asil i van ser transferits a centres d'acollida per a persones que cerquen protecció. Les demandes d'asil no van prosperar (una d'elles va ser refusada i l'altre retirada pel propi demandant), però tampoc van executar-se els allunyaments, perquè cap dels dos tenia passaport ni altre document que els permetés viatjar. El tribunal va considerar que els períodes de temps que havien passat entre les gestions de les autoritats per aconseguir documents de viatge per als detinguts eren excessius (sobretot després que l'ambaixada índia va comunicar per carta el 21 d'abril de 1999 la seva manca de voluntat de lliurar els

⁸⁵ TEDH, sentència de 15 de novembre de 1996, afer *Chahal v. United Kingdom*, núm. 22414/93, §114-117. En aquest afer el jutge Pettiti va emetre una opinió parcialment dissident que precisament expressava l'opinió contrària a la mantinguda finalment pel Tribunal europeu respecte de la conformitat de la mesura de detenció amb l'article 5 del Conveni. Louis-Edmond Pettiti considerava que, després que fos denegat l'asil a *Chahal* per part de les autoritats britàniques, la detenció només es justificava en la mesura que s'haguessin conduït amb una diligència suficient les gestions per tal d'efectuar el *refoulement* del detingut cap un país tercer, i que hagués durat un període de temps raonable tenint en compte aquest objectiu. El refús manifest de les autoritats de cercar una mesura d'allunyament cap un país tercer hauria fet que la detenció de *Chahal* fos assimilable a un *pena indeterminada* i no justificada. *Opinion partiellement dissidente de M. le juge Pettiti, Ibidem*. El cas de *Karamjit Singh Chahal* va ser un cas fins i tot denunciat per *Amnesty International*, per que *Chahal* no tenia la possibilitat de defensar-se d'una manera compatible amb les obligacions del Regne Unit i els estàndards internacionals. *Amnesty International, United Kingdom: Six Years of Detention without charge of asylum seeker Karamjit Singh Chahal*, 16 d'agost de 1996, AI INDEX: EUR 45/11/96.

⁸⁶ TEDH, sentència de 24 de setembre de 1992, afer *Kolompar c. Belgique*, núm. 11613/85, §36-43.

⁸⁷ TEDH, sentència de 25 de gener de 2005, afer *Singh contre République Tchèque*, núm. 60538/00, § 61.

passaports requerits), i que el període de detenció no podia ser considerat en la mesura d'això, *raonable*⁸⁸.

2. Previsió normativa i pràctica dels estats europeus sobre els límits temporals de les detencions, i les restriccions a la llibertat de circulació dels demandants d'asil⁸⁹

559. En els estats membres de la Unió Europea les *guidelines* i pràctiques recomanades de l'ACNUR són seguides de forma desigual. La detenció normalment és el primer recurs quan les demandes d'asil es presenten en frontera i, per tant, s'executa sense que prèviament s'hagi fet un examen individualitzat de les circumstàncies de la persona. Quan la sol·licitud d'asil es presenta dins del territori, la detenció acostuma a ser un recurs excepcional. Els problemes més importants que, en general, plantegen les pràctiques de detenció en els estats europeus són la durada indeterminada o manifestament no raonable de la detenció, les dificultats per accedir a un recurs judicial o imparcial efectiu, i la no accessibilitat de l'ACNUR i d'organitzacions no governamentals especialitzades en l'assistència als estrangers i demandants d'asil a les zones frontereres on són retinguts demandants d'asil.

En la majoria d'estats es preveu un període màxim de detenció passat el qual, en principi, la persona haurà de ser deixada en llibertat i, si es trobava en frontera, haurà de poder entrar en el territori. En alguns estats, però, no es preveu aquest període màxim de detenció, com per exemple a Dinamarca, Finlàndia, Grècia, els Països Baixos i el Regne Unit, com ha posat de manifest l'ACNUR.

També varien les previsions respecte dels llocs on els demandants d'asil poden ser detinguts. A Àustria, Bèlgica, Dinamarca, França, Alemanya, Grècia, els Països Baixos, Espanya, Suècia i el Regne Unit hi ha centres especials de detenció, oberts, tancats o semi-oberts, cosa que no ha estat impediment per a que en ocasions els demandants d'asil hagin estat allotjats en presons i rebin el mateix tracte que si estiguessin empresonats, com passa a Àustria, Finlàndia, en alguns *Ländern* alemanys, a Grècia, Itàlia, Luxemburg, Països Baixos, Suècia o al Regne Unit⁹⁰.

La recerca d'un equilibri entre l'interès públic i el respecte del dret a la llibertat individual ha estat objecte de controvèrsia en diversos països europeus. Per exemple, a França i a Espanya s'han plantejat problemes respecte de la durada de la detenció (a França s'anomena *retenció*) dels demandants d'asil en zona internacional; i, al Regne Unit, la *House of Lords* va considerar a finals de 2004 contràries a dret mesures de detenció basades en previsions normatives adoptades amb objectius de política antiterrorista.

⁸⁸ *Ibidem*, § 62-67.

⁸⁹ *Vid. Infra* quadre *Detenció*, al final del Capítol XIV.

⁹⁰ ACNUR, *Reception Standards For Asylum Seekers In the European Union*, *op. cit.*, pàgs. 31-32.

a. França

560. EL MANTENIMENT EN ZONA D'ESPERA I LA RETENCIÓ EN LOCALS QUE NO SÓN COMPETÈNCIA DE L'ADMINISTRACIÓ PENITENCIÀRIA. A França, la *Loi n° 92-190* de 26 de febrer de 1992 va constituir el primer intent de reglamentar la pràctica freqüent de retenir els demandants d'asil a les fronteres indefinidament fins que es decidia sobre el seu cas. Algunes demandes davant dels tribunals francesos, com la que finalment va arribar al Tribunal europeu de drets humans en el cas *Amuur*, van precipitar la necessitat de preveure una base legal per a les detencions de demandants d'asil, encara que només fos per evitar futures reclamacions. Aquesta norma preveia afegir un article 35 *quater* a l'*Ordonnance n° 45-2658* (amendement Marchand) per tal de que reglamentar el manteniment en les llavors anomenades *zones de trànsit* dels ports i aeroports de certs estrangers en espera de ser admesos en el territori francès.

El *Conseil constitutionnel* francès va tenir ocasió d'examinar la constitucionalitat d'aquest dispositiu a la decisió núm. 92-307 DC de 25 de febrer de 1992⁹¹, com s'ha vist en el Capítol VI. En relació al règim jurídic de les *zones de trànsit* es va plantejar la possibilitat que atemptés el *dret d'asil* constitucionalment previst però, també, es van presentar queixes relatives a la llibertat individual que, finalment, van basar la censura del *Conseil constitutionnel*.

A través de l'examen del dispositiu respecte del dret d'asil es plantejava, en definitiva, la constitucionalitat d'un règim de *detenció* de persones demandants d'asil a les fronteres quan jurisprudència administrativa anterior, per exemple la decisió del *Conseil d'Etat* a l'afer *France Terre d'Asile* de 25 de setembre de 1985, pareixia haver establert un principi segons el qual *no pot refusar-se l'entrada a França als demandants d'asil només pel fet que no disposin dels documents previstos* a la normativa interna per a que els estrangers accedeixin al territori⁹². El *Conseil constitutionnel* va resoldre el cas mitjançant una reserva d'interpretació segons la qual, la previsió segons la qual un estranger no autoritzat a entrar en el territori o que demana asil en frontera podia ser mantingut en la zona de trànsit del port o aeroport durant el temps estrictament necessari per a la seva partida o l'examen de la demanda d'asil, s'havia d'interpretar d'acord amb el principi de valor constitucional que constitueix el dret d'asil. Segons aquest principi *un estranger que ha sol·licitat la seva admissió a França a títol d'asil només podria ser objecte de manteniment en zona de trànsit durant el temps necessari per a la seva partida, si resulta*

⁹¹ Décision n° 92-307 DC du 25 février 1992, *JDI* núm. 3, 1992, pàgs. 669-677.

⁹² Conseil d'Etat (Fr), 27 de setembre de 1985, *France Terre d'Asile*, *CIMADE*, *GISTI*, *Ligue française des droits de l'homme*, *Association d'accueil aux médecins et personnels de santé réfugiés en France*, *JDI*, núm. 2, 1986, pàgs. 347-353. També sembla deduir-se de les decisions del Conseil d'Etat (Fr), 13 de desembre de 1991, *Préfet de l'Hérault c/ M. Dakoury* (Req. n° 120560), *AJDA*, núm. 2, febrer de 1992, pàg. 166; i Conseil d'Etat (Fr), 13 de desembre de 1991, *Nkodia* (Req. n° 119996), *AJDA*, núm. 2, febrer de 1992, pàg. 167, on es deia que la normativa implicava necessàriament que *l'étranger qui sollicite la reconnaissance de la qualité de réfugié soit en principe autorisé à demeurer provisoirement sur le territoire jusqu'à ce qu'il ait été statué sur sa demande*.

que la seva demanda d'asil és manifestament no fonamentada. Aquesta solució reconeixia implícitament el nucli del principi segons el qual els demandants d'asil tenen accés al territori⁹³, però restringia considerablement el seu abast perquè la demanda només seria considerada per les autoritats si no era *manifestament infundada*.

Malgrat la reserva d'interpretació que admetia la detenció dels demandants d'asil en frontera, finalment, el *Conseil constitutionnel* va considerar que les mesures previstes, en tant que comportaven autoritzar el manteniment d'estrangers en *zona de trànsit* durant un temps excessiu i sense les adequades garanties eren contràries a la llibertat individual de l'article 66 de la Constitució. El *Conseil* va utilitzar essencialment dos criteris en el seu raonament: la naturalesa jurídica de la mesura i la seva durada. Pel que fa al primer criteri, va refusar la tesi del govern relativa a que el manteniment en zona de trànsit previst l'article 35 *quater* era diferent de la *retenció administrativa* prèvia a l'allunyament de l'article 35 *bis* de l'*Ordonnance de 1945*, ja que els demandants d'asil podien marxar en qualsevol moment de la zona de trànsit cap un altre país i, per tant, no s'afectava la llibertat individual. El *Conseil constitutionnel* va considerar que certament la mesura

no comporta respecte de l'interessat un grau de constrenyiment sobre la persona comparable al que resultaria de la seva ubicació en un centre de retenció en aplicació de l'article 35 bis de l'ordonnance,

ja que en el primer cas es *priva un individu de tota llibertat d'anar i venir* i, en el segon, la decisió té per efecte *travar sensiblement* aquesta llibertat. Tot seguit, afegint-hi el segon criteri, relatiu a la durada de la mesura, el *Conseil Constitutionnel* va dir que

el manteniment d'un estranger en zona de trànsit, degut a l'efecte conjugat del grau de constrenyiment que hi correspon i de la seva durada, té no obstant per conseqüència afectar la llibertat individual.

Després d'aquesta decisió, la *Loi n° 92-625* de 6 de juliol de 1992 va modificar les previsions relatives a la detenció en les zones d'espera i, en la versió final de l'article 35 *quater* de l'*Ordonnance* de 1945, es va preveure que la durada del manteniment en *zona d'espera* dictada pel cap del servei de control de fronteres no podia ser superior a quaranta-vuit hores, renovable per un període igual en les mateixes circumstàncies i que, el manteniment més enllà de quatre dies, només podia ser autoritzat pel president del *Tribunal de grande instance* o un magistrat delegat per ell per vuit dies, renovable per a vuit dies més. La durada màxima total del manteniment en zona d'espera es va establir així en 20 dies; 24 si es presenta una demanda d'asil quatre dies abans que acabi el termini màxim o més tard (cas es que la pròrroga de 4 dies es fa d'ofici). La prolongació de la detenció es pot fer fins i tot quan en el marc de determinats procediments el demandant d'asil ha sortit *de facto* de la zona d'espera, com va establir la *Cour de cassation* el març de

⁹³ Així ho destaca Danièle Lochak, "Note (Décision n° 92-307 DC du 25 février 1992)", *JDI* núm. 3, 1992, pàg. 685. La doctrina fins i tot ha qualificat la reserva del *Conseil constitutionnel* d'*interprétation neutralisante*, Bruno Genevois, "L'entrée des étrangers en France: le rappel des exigences constitutionnelles (A propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 92-307 DC du 25 février 1992)", *RFDA* vol. 8, núm. 2, 1992, pàg. 193.

1998 en l'afer *Liwenge Mabombe*⁹⁴.

Aquesta previsió ha estat recollida i desenvolupada als articles L.221 i L.222 del *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*, que estableix que

L'étranger que arriba a França per via ferroviària, marítima o aèria i que, bé no és autoritzat a entrar en territori francès, bé demanda ser admès a títol d'asil, pot ser mantingut en una zona d'espera situada en una estació ferroviària oberta al tràfic internacional que es troba en una llista establerta per via reglamentària, en un port o prop d'un lloc de desembarcament, o en un aeroport, durant el temps estrictament necessari per a que marxi i, si és demandant d'asil, per fer un examen que determini si la seva demanda no és manifestament no fundada (L.221-1).

El temps màxim, per tant, en què un demandant d'asil pot ser mantingut actualment en zona d'espera a França és aquell *estricteament necessari* per determinar si la seva demanda no és manifestament infundada que, en tot, cas, mai podrà ser superior a 20 o 24 dies.

D'aquest dispositiu, tal com ha posat en relleu François Julien-Laferrière, en resulten dues qüestions: en primer lloc, que si el jutge refusa prorrogar el manteniment en zona d'espera respecte d'un demandant d'asil, s'infereix *necessàriament* que el jutge considera la demanda no manifestament infundada i que l'interessat haurà de ser admès en el territori. En aquest cas, serà el jutge qui atorga el dret d'entrar, enlloc de l'autoritat administrativa competent, és a dir, el ministre de l'interior, després de consultar amb el d'afers exteriors. En segon lloc, si l'autoritat judicial només intervé després de quatre dies, un refús d'entrada pronunciat abans, d'ofici, podria ser executat sense un recurs judicial eficaç⁹⁵.

Com ha destacat la doctrina, resulta incongruent que el *Conseil constitutionnel* consideri que el grau de constrenyiment de la detenció en zona d'espera és menor que el de la *retenció d'un estranger en locals que no són competència de l'administració penitenciària* (regulat ara als articles L 551-L 554 del *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*); i, a més, en tots dos casos, els motius per concedir les respectives pròrrogues són força imprecisos⁹⁶. La retenció administrativa o *retenció d'un estranger en locals que no són competència de l'administració penitenciària* s'aplica en els casos de persones que han de ser allunyades del territori, com per exemple, els demandants d'asil respecte de qui un altre estat de la Unió Europea és competent per examinar la demanda d'asil (d'acord amb el sistema de Dublín), o els estrangers en situació il·legal que han de ser retornats o expulsats.

⁹⁴ En aquest afer es va establir que el fet que Mabombe hagués sortit fins a tres vegades de la zona d'espera definida pel *préfet*, en entrar dues vegades en avions en el marc de procediments d'execució de la decisió de refús d'entrada, i en ser hospitalitzat una vegada, no impedia la prolongació del manteniment en zona d'espera internacional més enllà de dotze dies. Cour de cassation (2^e civile-Prés M. Zakine) (Fr), 18 de març de 1998, *Liwenge Mabombe c. procureur général de Paris et autre, GP*, núms. 251-252, dimecres 8-dijous, 9 de setembre de 1999, pàgs. 7-8.

⁹⁵ François Julien-Laferrière, "De l'application des accords de Schengen au statut des zones d'attente: chronique d'une loi annoncée", *AJDA*, núm. 10, octubre de 1992, pàgs. 669-670.

⁹⁶ Rudolph d'Haëm, *L'entrée et le séjour des étrangers en France*, Paris: PUF (Que sais-je? núm. 3455), 1999, pàg. 122.

En el cas de la retenció administrativa, el jutge “de les llibertats i de la detenció” pot prolongar-ne la durada després d’escolades les primeres quaranta-vuit hores, en principi, per a un termini de quinze dies. Excepcionalment, en cas d’urgència absoluta o d’amenaça de particular gravetat per a l’ordre públic, o quan la impossibilitat d’executar la mesura d’allunyament resulta de la pèrdua o de la destrucció dels documents de viatge de l’interessat, de l’ocultació per part seva de la seva identitat o d’obstruccions voluntàries al seu allunyament, el jutge “de les llibertats i de la detenció” pot ordenar la pròrroga de la retenció per a un nou període màxim de quinze dies (la durada màxima total de retenció administrativa essent llavors de 32 dies). Si l’allunyament no es pot executar degut a la manca de lliurament dels documents de viatge necessaris per part del consolat corresponent o per la manca de mitjans de transport, i es preveu que en poc temps es podran resoldre aquests impediments, es podrà fer una pròrroga de la retenció per a cinc dies (passat a ser la durada total de retenció administrativa de 22 dies).

561. LA DETENCIÓ COM A GARANTIA D’UN DRET D’ASIL PROVISIONAL A FRANÇA. La jurisprudència ha desenvolupat en alguns casos el manteniment en zona d’espera com a garantia d’un *dret a l’asil provisional* dels demandants d’asil en el marc de peticions de protecció formulades per persones estrangeres que es troben a bord de vaixells en els ports francesos. En aquest sentit, destaca la sentència del *Conseil d’Etat* en l’afet *Mwinyi* on es va confirmar la condemna de les autoritats dictada per una instància inferior pel refús d’entrada a França d’una persona nacional de Moçambic, consignada a bord del vaixell en el que havia arribat, en espera de l’examen de la seva demanda d’asil. En la decisió es va establir que quan l’administració oposa un refús d’entrada a França a un estranger que no pot marxar immediatament o que demana ser admès a títol d’asil,

està obligada a mantenir-lo en zona d’espera durant el temps estrictament necessari per a la seva partida, o si és demandant d’asil, per a un examen que tingui per objecte determinar si la seva demanda no és manifestament infundada a fi de que pugui beneficiar de les garanties previstes per les disposicions de l’article 35 quater de l’ordonnance de 2 de novembre de 1945⁹⁷.

⁹⁷ Conseil d’Etat (Fr), 29 de juliol de 1998, *Ministre de l’Intérieur c. Mwinyi* (Req. n° 169139), *AJDA*, núm. 11, novembre de 1998, pàg. 939. Aquesta jurisprudència del *Conseil d’Etat* vé a curullar una llacuna en el control efectiu de l’activitat de l’administració que ja havia estat plantejada davant dels tribunals de caràcter civil, i que aquests havien refusat amb l’argument incompetència. El maig de 1997 el *Tribunal des conflits* va resoldre un cas en què es plantejava la legalitat d’una decisió de refús d’entrada en el territori i consignació a bord del vaixell en què havien arribat dos demandants d’asil nacionals del Marroc, *Ben Salem* i *Taznaret*. Es demanava constatar una *voie de fait* i que es fés *injonction* a l’autoritat administrativa de deixar-los desembarcar en la zona d’espera prevista a l’article 35 quater de l’*Ordonnance de 1945*. El Tribunal va dir que *le législateur a attribué en principe à l’Administration le pouvoir de procéder à l’exécution forcée des décisions d’éloignement et de celles prononçant un refus d’entrée qu’elle est amenée à prendre au titre de la police des étrangers; que par la suite, et à les supposer même illégales, les mesures prises en l’espèce à l’égard de MM. Ben Salem et Taznaret n’étaient pas manifestement insusceptibles d’être rattachées à un pouvoir appartenant à l’Administration; que ces actes ne sauraient, dès lors, être regardés comme constitutifs de voies de fait; / Considérant qu’il résulte de ce qui précède qu’il n’appartient qu’aux juridictions de l’ordre administratif de connaître du litige soulevé devant le Tribunal de grande instance de Paris (...)* Décide: (...) *Art.2 Est déclarée nulle et non avenue la procédure engagée devant le juge des référés du Tribunal de grande instance de Paris.* Tribunal des conflits (Fr), 12 de maig de 1997, *Préfet de police de Paris c. Tribunal de*

Aquesta jurisprudència comporta per al cas de les persones consignades a bord de vaixells en els ports, al menys, un dret d'entrar *de facto* i mantenir-se en l'espai del territori delimitat com a *zona d'espera* per les autoritats, a fi de beneficiar d'un mínim de garanties que només poden assegurar-se en aquests llocs. La jurisprudència *Mwinyi*, d'altra banda, confirma la vigència limitada del principi segons el qual els demandants d'asil tenen dret d'accedir al territori, encara que només sigui temporalment i amb algunes restriccions, com per exemple, en règim de detenció.

562. LES RESTRICCIONS A LA LLIBERTAT DE CIRCULACIÓ DELS DEMANDANTS D'ASIL NO DETINGUTS. A França existeix una política de *dispersió* entre els *Centres d'Accueil pour les Demandeurs d'Asile* (CADA) distribuïts pel territori. Aquests centres són gestionats a través d'Organitzacions No Governamentals, directament o baix la supervisió i coordinació de *France Terre d'Asile*. No existeix però obligació de demanar-hi allotjament i, de fet, la seva capacitat és molt inferior a les necessitats (l'ACNUR ha calculat que, d'acord amb les xifres de persones en espera farien falta prop d'un 50% més de places que les que hi ha disponibles), cosa que desincentiva les sol·licituds d'ingressar-hi. A la pràctica, només una part dels demandants d'asil són acomodats amb aquest sistema i, un cop reben l'autorització provisional de residència, tenen llibertat de circulació tant si s'allotgen com si no ho fan en els CADA⁹⁸.

b. Espanya

563. APLICABILITAT DE LA CONSTITUCIÓ A LA LLIBERTAT PERSONAL DELS DEMANDANTS D'ASIL RETINGUTS A ESPANYA: ARGUMENTS QUE AVALARIEN L'APLICACIÓ DEL TERMINI DE SETANTA-DUES HORES ESTABLERT A L'ARTICLE 17. A Espanya, la qüestió de la constitucionalitat de la durada del manteniment o *detenció* dels demandants d'asil va ser acarada pel Tribunal constitucional a la sentència de 27 de febrer de 2002, que resolva el recurs d'inconstitucionalitat presentat contra la *Llei 9/1994, de 19 de maig, de modificació de la Llei 5/1984, de 26 de març, reguladora del dret d'asil i de la condició de refugiat*.

El dret a la llibertat personal es garanteix a l'article 17 de la Constitució espanyola on s'estableix que, en cas de detenció preventiva, *en el termini màxim de setanta-dues hores, el detingut haurà de ser posat en llibertat o a disposició de l'autoritat judicial*. En aquest article, la detenció preventiva fa referència a la detenció vinculada a la realització de les

grande instance de Paris, Gazette du Palais, Journal núms. 178, 179, de 27-28 de juny de 1997, *Recueil bimestriel* núm. 3, maig-juny de 1997, *Jurisprudence*, pàgs. 392-393. Serge Petit, en el comentari a aquesta decisió "Note", *Ibidem*, pàgs. 393-396, critica obertament aquesta posició en considerar que ja no es tractava d'examinar la legalitat d'una mesura presa en l'exercici dels poders de l'administració, sinó de *fer cessar una privació de llibertat sense fonament*, i que essent *manifestament* constitutiva d'un atac als drets fonamentals, la decisió de manteniment a bord del vaixell havia perdut la seva *naturalesa administrativa* i deixava per això mateix de gaudir de la protecció que resulta de la separació d'autoritats administratives i judicials.

⁹⁸ Aquests últims, no obstant, han d'informar els centres si en seran absents durant un temps. ACNUR, *Reception Standards For Asylum Seekers In the European Union, op. cit.*, pàgs. 79-83.

investigacions pertinents per a l'esclariment dels fets en cas de comissió d'un delictes o falta. Malgrat això, el Tribunal constitucional ha interpretat que el termini de setanta-dues hores és aplicable també en *altres casos de privació de llibertat diferents de la detenció preventiva*⁹⁹ i que, en tot cas, és un límit màxim¹⁰⁰.

Això, i el fet que el mateix Tribunal constitucional establís que la detenció és *una pura situació fàctica, sense que puguin trobar-se zones intermèdies entre la detenció i la llibertat*¹⁰¹, va fer que es plantejés la qüestió de si era congruent amb la constitució el règim de *retenció* dels demandants d'asil establert a la Llei 9/1994, i fins a quin punt el límit temporal d'aquesta detenció podia ser superior al límit constitucional de setanta-dues hores.

Un dels possibles arguments per considerar que el règim de *retenció* dels demandants d'asil, en definitiva, podia ser diferent del de la detenció en sentit estricte i, per tant, tenir un límit temporal també diferent era el de la possibilitat de les persones retingudes de marxar de la zona fronterera cap a tercers estats. Aquest raonament, si bé ha estat utilitzat per tal de negar que s'estigui produint una *privació de llibertat* i assumit, per exemple, per la Cort federal alemanya, ha estat refusat expressament pel Tribunal constitucional espanyol en les sentències en emparament de 27 de setembre de 1999¹⁰² i de 26 de juny de 2000¹⁰³.

⁹⁹ TC (E), sentència de 18 de novembre de 1993, núm. 341/1993, § 6, *Aranzadi Westlaw* 1993\341.

¹⁰⁰ En una sentència de juny de 1996 s'estableix que el termini de setanta-dues hores de l'art. 17 de la Constitució és un límite máximo de carácter absoluto para la detención policial, cuyo cómputo resulta inequívoco y simple. Pero ese plazo es un límite del límite temporal prescrito con carácter general por el mismo precepto, sobre el cual se superpone, sin reemplazarlo: el tiempo estrictamente indispensable para realizar el fin al que sirve la privación cautelar de libertad. Por ende, el límite máximo de privación provisional de libertad que permite el art. 17 de la Constitución puede ser sensiblemente inferior a las setenta y dos horas, atendidas las circunstancias del caso, y en especial el fin perseguido por la medida de privación de libertad, la actividad de las autoridades implicadas, y el comportamiento del afectado por la medida. Tenint en compte aquests paràmetres, la detenció provisional pot quedar privada de fonament constitucional abans que transcorrin setanta dues hores. TC (E), sentència de 21 de maig de 1996, núm. 86/1996, § 8, *Aranzadi Westlaw* RTC 1996\86.

¹⁰¹ TC (E), sentència de 10 de juliol de 1986, núm. 98/1986, §4, *Aranzadi Westlaw* RTC 1986\98. D'acord amb aquesta mateixa sentència *debe considerar-se como detención cualquier situación en que la persona se vea impedida u obstaculizada para autodeterminar, por obra de su voluntad, una conducta lícita*. En una sentència de 1990, el mateix Tribunal constitucional precisa davant de la invocació de l'article 17 de la Constitució que *la libertad personal protegida por esta precepto es la "libertad física", la libertad frente a la detención, condena o internamientos arbitrarios, sin que pueda cobijarse en el mismo una libertad general de actuación o una libertad general de autodeterminación individual*. TC (E), sentència de 27 de juny de 1990, núm. 120/1990, § 11, *Aranzadi Westlaw* RTC 1990\120.

¹⁰² TC (E), sentència de 27 de setembre de 1999, núm. 174/1999, *Aranzadi Westlaw* RTC 1999\174. En ella es diu que *La libertad de salida a otros países des de la "zona de rechazados", de la que sin duda disfruta el extranjero, no evita la existencia de una verdadera "situación fàctica" de detención preventiva con respecto al resto del territorio español [§ 4.2](...)* i que *El hecho de que a Liji Chun le cupiera la posibilidad de salida voluntaria de España (posibilidad por lo demás remota, por los impedimentos económicos y por requisitos de entrada de terceros países) no empaña la calificación jurídica de detención. Pues a parte de la hipotética libertad de salida, lo cierto es que don Liji Chun se encontraba confinado en un espacio limitado y cerrado de suelo español, sin título jurídico alguno que lo justificase [§ 5 (1)]*.

¹⁰³ TC (E), sentència de 26 de juny de 2000, núm. 179/2000, § 2 (2), *Aranzadi Westlaw* RTC 2000\179.

La Llei 9/1994 estableix (article únic §8) un nou paràgraf 7 per a l'article 5 de la Llei 5/1984, segons el qual, quan la sol·licitud d'asil sigui presentada en frontera, la resolució sobre la seva inadmissió a tràmit haurà de ser notificada en el termini màxim de quatre dies des de la seva presentació. El sol·licitant podrà presentar una petició de reexamen d'efectes suspensius dins de les vint-i-quatre hores següents a la notificació, petició que haurà de ser resolta pel ministeri de l'interior i notificada en el termini de dos dies. L'apartat 3 d'aquest paràgraf 7 prescriu que

durant la tramitació de l'admissió a tràmit de la sol·licitud, i en el seu cas, de la petició de reexamen, el sol·licitant romandrà en el lloc fronterer, habilitant-se a l'efecte unes dependències adequades per a això.

I l'apartat 4 que el

transcurs del termini fixat per a la inadmissió a tràmit d'una sol·licitud presentada en frontera o, en el seu cas, del previst per resoldre una petició de reexamen sense que es notifiqui aquesta resolució a l'interessat, determinarà l'admissió a tràmit de la seva sol·licitud i, de conformitat amb allò que es disposa en el número 2 de l'article quart, l'autorització de l'entrada del sol·licitant en el territori espanyol.

D'acord amb aquesta previsió, si s'esgoten tots els terminis (quatre dies per a la notificació de la inadmissió a tràmit, vint-i-quatre hores per a la presentació de recurs, i dos dies per a la resolució del ministeri de l'interior), la retenció en les dependències frontereres pot arribar a durar un màxim de set dies.

El Defensor del poble va presentar respecte d'aquesta Llei 9/1994 un recurs d'inconstitucionalitat per vulneració de l'article 17§2 de la Constitució en entendre que no respectava el contingut essencial del dret fonamental a la llibertat. En el recurs d'inconstitucionalitat, també es consideraven vulnerats els articles 53§1, i 81§1 de la Constitució, aquest darrer en relació amb el 17.§1, en no haver-se previst la regulació sobre la detenció dels demandants d'asil en frontera en un precepte amb naturalesa de llei orgànica¹⁰⁴. Després d'argumentar la necessitat d'aplicar al *nou supòsit de privació de*

Aquesta sentència té un interès afegit perquè a més de reprendre els arguments de la sentència núm. 174/1999, utilitza la jurisprudència del TEDH del cas *Amuur* per descartar que es pogués considerar que no hi ha privació de llibertat en un cas on només *teòricament* hi ha la possibilitat de marxar cap un país tercer: *la referida situació debe ser considerada como una privación de libertad, sin que el hecho de que quepa la posibilidad de que el extranjero pueda voluntariamente abandonar el país (posibilidad que, como ha señalado la STC 174/1999, de 27 de septiembre de 1999, f.j. 5, es bastante remota dados los impedimentos económicos y los requisitos de entrada de terceros países), impida considerar que no existe dicha privación de libertad (STC 174/1999, f.j. 5, en el mismo sentido, STEDH de 25 de junio de 1996, caso Amuur c. Francia), pues, con independencia de que exista la posibilidad de abandonar voluntariamente el país, y al margen también de que los extranjeros carezcan del derecho fundamental a circular libremente por España (STC 94/1993, de 22 de marzo f.j.3; 86/1996, de 21 de mayo, f.j. 2, 174/1999, f.j. 4), al no conllevar el derecho a la libertad el derecho a entrar en el territorio nacional (ATC 55/1996, de 6 de marzo, f.j. 3), lo cierto es que el recurrente se encontraba custodiado por la policía en la zona de tránsito del aeropuerto de Barajas, lo que conlleva una limitación de su libertad deambulatoria que determina una privación de libertad.*

¹⁰⁴ Margarita Retuerto Buades (Defensor del pueblo en funciones), *Recurso de inconstitucionalidad contra el apartado 8 del artículo único de la Ley 9/1994, de 19 de mayo, de modificación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, en la redacción que da al párrafo tercero del apartado 7 del artículo 5 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, por vulnerar el artículo 17,*

llibertat constitucionalment admissible previst a la Llei d'asil les garanties previstes a l'article 17 de la Constitució, el Defensor del poble va constatar en el seu recurs que ni el jutge intervé en cap moment, ni els terminis de privació de llibertat per decisió governativa s'ajusten al límit de les setanta-dues hores constitucionalment exigible, cosa que duia, a parer seu, a la inconstitucionalitat del precepte. Segons el recurs, de la Llei s'extreu en primer lloc, que en determinats supòsits la privació de llibertat pot tenir un límit màxim de quatre dies (si s'emet decisió d'admissió a tràmit) o de set dies (si la decisió és d'inadmissió i s'interposa recurs, o bé en cas de silenci administratiu) i, en segon lloc, que, segons com, la privació de llibertat pot arribar a tenir caràcter indeterminat (en casos de detenció prèvia a la devolució, si s'aplica una de les causes d'inadmissió a tràmit)¹⁰⁵.

564. LA POSSIBILITAT DE FER UNA INTERPRETACIÓ CONFORME A LA CONSTITUCIÓ DE LA RETENCIÓ DELS DEMANDANTS D'ASIL EN FRONTERA (LLEI 9/1994) PER VIA REGLAMENTÀRIA. La sentència del Tribunal constitucional del cas *Fayiar* de 26 de juny de 2000, emesa després de la presentació del recurs d'inconstitucionalitat i abans que aquest fos resolt, estableix criteris que poden ser útils per fer una interpretació conforme amb la Constitució tant 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*¹⁰⁶, com de la *Llei orgànica 8/2000, de 22 de desembre, de reforma de la Llei orgànica 4/2000, d'11 de gener sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social*¹⁰⁷, en allò que es refereixen a la detenció d'estrangers en zona internacional, bé perquè han sol·licitat asil, bé perquè esperen que s'executi el seu allunyament, si ha estat refusada l'entrada formal en el territori.

Aquest és un cas cabdal en la protecció jurídica dels demandants d'asil que es troben en situació de privació de llibertat ja que en ell, com es veurà en el capítol següent, el Tribunal Constitucional va fer una interpretació àmplia de l'aplicabilitat de la garantia de l'*habeas corpus* en aquests casos. Però també és important en relació a les garanties dels demandants d'asil que romanen en zones frontereres mentre esperen una decisió sobre la seva petició, i per als que esperen ser retornats. En aquest cas, el Tribunal Constitucional no va examinar si el temps durant el qual *Fayiar*, el demandant d'asil, havia estat en zona d'espera des de que va presentar la sol·licitud havia estat excessiu. No ho va fer perquè la resolució del ministeri de l'interior per la qual s'acordava inadmetre a tràmit la sol·licitud per a la concessió d'asil va ser notificada just quan es complia el termini de setanta dues

apartado 2, de la Constitución al no respetar el contenido esencial del derecho fundamental a la libertad y el artículo 53.1 por igual motivo, así como por vulnerar el artículo 81.1 de la Constitución en relación con el 17.1, al no revestir dicho precepto naturaleza de ley orgánica, presentat a Madrid, el 22 d'agost de 1994, pàgs. 8-13.

¹⁰⁵ *Ibidem*, apartat V, pàgs. 31-34.

¹⁰⁶ Article 5, § 7.

¹⁰⁷ Article 60. En aquest article, no obstant, es diu que quan el retorn no es pugui executar en el termini de setanta-dues hores l'autoritat governativa s'adreçarà a l'autoritat judicial per que aquesta determini el lloc d'internament de les persones pendents de ser retornades.

hores des que havia estat presentada la demanda (la petició es va presentar a les 13:15 del dia 4 de desembre de 1999, i la resolució d'inadmissió va ser notificada a les 13:15 del dia 7 de desembre).

La necessitat que es respectés el termini de setanta-dues hores per resoldre sobre la inadmissió a tràmit de les demandes d'asil, malgrat que la Llei d'asil establís un termini més ampli de fins a quatre dies, va ser l'opció normativa del *Reglament d'aplicació de la Llei 5/1984, modificada per la Llei 9/1994*¹⁰⁸, adoptat després que el Defensor del poble presentés el recurs d'inconstitucionalitat, per tal de conciliar el dispositiu de la llei amb les garanties constitucionals. L'article 19§4 del reglament estableix que la decisió sobre admissió o inadmissió a tràmit de la demanda d'asil *es comunicarà al lloc fronterer en el termini màxim de setanta-dues hores*, i l'article 20 b que *el sol·licitant romandrà en les dependències frontereres, exclusivament a l'efecte de que se li notifiqui la resolució recaiguda sobre la seva sol·licitud, fins a un màxim de setanta-dues hores des de la presentació de la mateixa*. D'acord amb aquestes disposicions, el límit de les setanta-dues hores es respectarà sempre que dins d'aquest termini l'autoritat competent dicti un acte exprés d'inadmissió a tràmit de la sol·licitud, ja que, en cas contrari, tant si s'emet després de setanta-dues hores i abans de quatre dies (és a dir, en el termini que marca l'article 5§7-1 de la Llei d'asil), com si s'aplica el règim del silenci administratiu, podria estar-se vulnerant aquest límit temporal, coincident amb la garantia de l'article 17 de la Constitució.

Com ha exposat David Blanquer, *el Reglament obre una via interpretativa que permetria una lectura de la Llei ajustada a la Constitució, però aquesta línia exegètica només té força argumental si es parteix de la premissa de que l'Administració dicta un acte exprés dins d'un termini de setanta-dues hores; com que aquesta premissa no està garantida per la Llei, la via argumental oberta pel Reglament perd tota la seva consistència i validesa (...). Ha de ser la llei i no l'administració qui garanteixi que la retenció administrativa en frontera respectarà el límit temporal màxim disposat per l'article 17 de la Constitució, tant quan l'admissió de la sol·licitud d'asil resulta d'un acte exprés, com quan deriva de la tècnica del silenci administratiu*¹⁰⁹.

Una interpretació de l'article 5§7 de la Llei d'asil coherent amb l'article 17 de la Constitució i amb la Llei relativa als drets i a les llibertats dels estrangers a Espanya, juga a favor de la tesi que l'administració hauria de resoldre expressament sobre l'admissió o la inadmissió a tràmit d'una sol·licitud d'asil feta en frontera en el termini de setanta-dues hores. Aquest termini coincideix amb el límit de detenció preventiva establert a l'article 17 de la Constitució, i també amb el període durant el qual l'administració pot mantenir en

¹⁰⁸ *Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por Ley 9/1994, de 16 de mayo, BOE de 2 de marzo de 1995, núm. 52, pàgs. 7237-7246.*

¹⁰⁹ David Blanquer, *Asilo político en España. Garantías del extranjero y garantías del interés general*, Madrid: Civitas, 1997, pàgs. 254-255. Per aquests motius, aquest autor considerava fonamentat el recurs del Defensor del poble davant del Tribunal constitucional, i defensava que hauria de ser estimat declarant-se la inconstitucionalitat de l'article 5§7 de la Llei.

frontera les persones que no han estat admeses a entrar formalment a Espanya, per tal de retornar-les, sense haver d'adreçar-se a l'autoritat judicial (article 60 de la Llei 4/2000 modificada per la Llei 8/2000). En aquest darrer període, la conformitat de la detenció amb l'article 17 de la Constitució mentre està pendent l'execució de l'allunyament depèn de que es compleixin les condicions que estableix la sentència *Fayiar* (independentment del criteri temporal de les setanta-dues hores, que no és exigit constitucionalment, sinó per part de la Llei *d'estrangeria* i a partir del qual cal que una autoritat judicial autoritzi la continuació de la detenció)¹¹⁰.

Aquestes condicions són que l'administració ha d'haver actuar *diligentment*, que no s'apreciïn 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* i, finalment, que el període de privació de llibertat no sigui *excessiu* o *manifestament superior* que el temps que seria necessari per a l'execució de l'acte en circumstàncies normals.

565. FONAMENT DE LA RETENCIÓ EN FRONTERA DELS DEMANDANT D'ASIL DURANT EL RECURS DE REEXAMEN DE LA INADMISSIÓ A TRÀMIT DE LA SOL·LICITUD. En cas que efectivament s'emeti una decisió expressa d'inadmissió a tràmit de la demanda d'asil en el termini de setanta-dues hores, restaria per determinar el fonament de la retenció del demandant d'asil en frontera més enllà d'aquest termini, si presenta sol·licitud de reexamen.

En principi, implícitament, la constitucionalitat de la retenció mentre dura el reexamen quan la persona es troba a la frontera es fonamentaria en què, de fet, el demandant d'asil és lliure d'optar per anar-se'n en qualsevol moment des de la notificació d'inadmissió a tràmit, o bé quedar-se detingut a la frontera més enllà de setanta-dues hores¹¹¹.

D'altra banda aquest és l'argument que el govern francès utilitzava per defensar la constitucionalitat de la *Loi n° 92-190* que establia el règim de detenció de demandants d'asil en les *zones de trànsit*. El *Conseil constitutionnel* francès, però, no va acceptar aquesta argumentació i, finalment, va declarar la inconstitucionalitat del dispositiu previst, en base al grau de constrenyiment i a la durada de la detenció prevista, com s'ha vist en capítols anteriors.

David Blanquer ha plantejat la possibilitat que la justificació de la detenció dels demandants d'asil en aquestes circumstàncies pugui basar-se en un *renúncia als drets fonamentals*, possibilitat que en altres àmbits ha estat admesa pel Tribunal

¹¹⁰ En el cas *Fayiar*, des de la notificació de la inadmissió a tràmit fins a la demanda d'*habeas corpus* van passar quatre dies, i no per això el Tribunal Constitucional va considerar que s'havia vulnerat l'article 17 de la Constitució.

¹¹¹ El Reglament d'aplicació de la Llei 5/1984 preveu a l'article 20.1 *c* que quan s'emeti una resolució d'inadmissió aquesta ha de ser motivada i individualitzada i ha d'informar l'interessat de la possibilitat de formular un reexamen de la sol·licitud o *abandonar el territori nacional per tal de retornar si ho desitja al seu país d'origen o a un tercer estat*. També es preveu que ha d'informar-se el demandant d'asil de la possibilitat de continuar la tramitació de l'expedient a través de l'ambaixada espanyola en el país que correspongui.

Constitucional¹¹². Ara bé, com exposa aquest autor, resulta difícil admetre una renúncia al *dret de llibertat* per part de l'estranger demandant d'asil perquè, en definitiva, mentre no hagi estat autoritzat a entrar legalment a Espanya, no té ni llibertat personal, ni llibertat de desplaçar-se dins del territori. Mentre roman en frontera no se'l priva d'un *dret*, degut a que *l'entrada en el territori és una premissa necessària, un pressupòsit de la llibertat personal constitucionalment tutelada, un límit inherent que resulta de la definició del contingut normal de la llibertat personal i de la llibertat de desplaçament*¹¹³.

566. LA NO APLICACIÓ DEL LÍMIT CONSTITUCIONAL DE 72 H. A LA RETENCIÓ DELS DEMANDANTS D'ASIL A LA FRONTERA A ESPANYA: LA SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 27 DE FEBRER DE 2002. El Tribunal constitucional va resoldre el recurs presentat contra la Llei 9/1994 en el sentit que cap dels arguments defensats justificaven una declaració d'inconstitucionalitat. Quant a la qüestió del límit de la retenció en zona fronterera dels demandants d'asil, el Tribunal constitucional va considerar: En primer lloc, que no és aplicable el termini màxim de setanta-dues hores de l'article 17 de la Constitució perquè, segons ell, la referència al detingut d'aquest article es fa respecte de persones afectades per *mesures cautelars de privació de llibertat de caràcter penal*¹¹⁴. Per al Tribunal Constitucional, la privació de llibertat dels demandants d'asil serveix a una finalitat *radicalment diferent*, que és la protecció de qui diu que és perseguit. En segon lloc, el Tribunal Constitucional va considerar que l'exigència que la privació de llibertat tingui límits clarament definits es compleix, així com també les condicions relatives a que les privacions de llibertat siguin certes i previsibles, i proporcionades, és a dir, *idònies, necessàries i ponderades*¹¹⁵.

El Tribunal Constitucional, tot i que no va negar la qualificació de privació de llibertat de les mesures de retenció en les zones frontereres dels demandants d'asil (com sí que ho fa la sentència de la Cort Federal alemanya de 1996 que es veurà més endavant), sí que va fer un esforç per diferenciar aquestes mesures d'altres formes de detenció amb connotacions sancionadores. El Tribunal Constitucional va qualificar en una ocasió la retenció administrativa d'*espera*, i el manteniment durant dos dies addicionals en la zona fronterera durant la tramitació de la petició de reexamen de *garantia extraordinària* per al sol·licitant d'asil. Segons el tribunal, *s'altera la regla general d'executorietat de les resolucions recorregudes en via administrativa, evitant-se així la sortida immediata de l'estranger la petició del qual ha estat inadmesa a tràmit*¹¹⁶. D'altra banda, el Tribunal Constitucional fins i tot va arribar a considerar que els dos dies en què ha de ser resolta la

¹¹² David Blanquer, *Asilo político en España. Garantías del extranjero y garantías del interés general*, op. cit., pàgs. 250-254.

¹¹³ *Ibidem*, pàg. 251-252.

¹¹⁴ TC (E), sentència de 27 de febrer de 2002, núm. 53/2002 (registre 2994/1994), *BOE* de 4 de març de 2002, §6.

¹¹⁵ *Ibidem*, § 6-8.

¹¹⁶ *Ibidem*, § 7.

petició de reexamen, no poden qualificar-se com a *simple* allargament de la seva privació de llibertat:

Es obvi que els dos dies que es concedeixen a l'administració per contestar –i al demandant d'asil per prolongar la seva espera en las “dependències adequades” de l'establiment fronterer- no poden qualificar-se com a simple allargament de la seva privació de llibertat: qui demana el reexamen és un estranger en situació d'expulsió l'execució de la qual queda momentàniament en suspens (cosa que òbviament no li impedeix tornar al seu país d'origen o adreçar-se a un tercer estat que consideri convenient)¹¹⁷.

c. Bèlgica

567. EL MANTENIMENT EN LLOCS DETERMINATS DELS DEMANDANTS D'ASIL, EN LES MATEIXES CONDICIONS QUE ELS ESTRANGERS QUE SÓN UN PERILL PER A L'ORDRE PÚBLIC O LA SEGURETAT NACIONAL. En altres països, com a Bèlgica, Alemanya i Itàlia, també es preveuen límits temporals a la detenció dels estrangers demandants d'asil mentre duren els procediments preliminars de les sol·licituds presentades en frontera.

En el cas de Bèlgica, quan la responsabilitat d'examinar una demanda d'asil és d'un altre estat d'acord amb els convenis internacionals fets per Bèlgica o amb el sistema de Dublín, l'estranger pot ser detingut o mantingut en un lloc determinat durant el *temps estrictament necessari* per a l'execució del trasllat i, en tot cas, la durada de la detenció no pot excedir un temps màxim de dos mesos¹¹⁸. La possibilitat de restringir la llibertat deambulatoria de persones demandants d'asil en frontera, tant si han presentat la seva sol·licitud en aquest espai, com si l'han presentada trobant-se ja dins del territori, s'estén però més enllà d'aquest supòsit. La normativa interna preveu casos de *manteniment en un lloc determinat* que normalment és la zona de trànsit dels aeroports o un centre per a *inadmesos* (Centre INADS):

En primer lloc, quan un estranger ha atemptat contra l'ordre públic o la seguretat nacional, el ministre competent pot prescriure que marxi de determinats llocs, que s'hi mantingui allunyat o que *resideixi en un lloc determinat*¹¹⁹.

En segon lloc, si raons serioses que permeten considerar algú que demana o ha demanat el reconeixement de la qualitat de refugiat existeixen com un perill per a l'ordre públic o la seguretat nacional, el ministre pot, segons el cas, bé refusar-li l'accés al territori, bé decidir que no pot residir-hi o romandre-hi més temps, ni establir-s'hi com a demandant d'asil. En aquest cas, pot prescriure que l'interessat *resideixi en un lloc determinat* durant el temps que duri l'examen de la seva demanda *si ho creu necessari per a la salvaguarda de l'ordre públic i la seguretat nacional*. D'altra banda,

¹¹⁷ *Ibidem*, § 7.

¹¹⁸ Article 51/5 §3 de la *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.

¹¹⁹ Article 22 de la *Loi du 15 décembre 1980*.

en circumstàncies excepcionalment greus el ministre pot posar l'interessat de manera provisional a la disposició del govern¹²⁰.

En tercer lloc, i sense diferenciar entre la detenció prèvia a l'admissió en el territori i la detenció prèvia a l'allunyament, s'estableix que determinats estrangers poden ser mantinguts en un lloc determinat situat a les fronteres en espera d'una autorització per entrar en el país o del seu *refoulement* del territori. Pot ser sotmès a aquesta mesura:

- 1^{er} l'estranger *que en aplicació de la (...) llei pot ser refusat per les autoritats encarregades de fer el control fronterer*; i
- 2^{on} l'estranger *que prova d'entrar en el Regne sense satisfer les condicions fixades per l'article 2, que es declara refugiat i demana a la frontera ser reconegut com a tal*.

En principi la durada del manteniment no pot excedir de dos mesos però, en el segon cas, si la persona ha estat objecte d'una mesura de *refoulement* executòria, d'una decisió de refús d'entrada executòria o d'una decisió confirmativa del refús d'entrada executòria, el ministre o el seu delegat poden prorrogar el manteniment per períodes de dos mesos, sempre que s'actui amb la diligència adequada (és a dir, que s'hagin fet gestions en els set primers dies hàbils) i existeixi encara una possibilitat d'allunyar efectivament l'estranger en un termini raonable. La durada total del manteniment, en principi, no pot excedir mai de cinc mesos. Malgrat això, si ho exigeix *la salvaguarda de l'ordre públic o de la seguretat nacional*, la detenció pot ser prorrogada diverses vegades per períodes d'un mes, sense que la durada total del manteniment pugui excedir de vuit mesos¹²¹.

La *Cour d'arbitrage* va tenir ocasió d'establir en una sentència de 22 d'abril de 1998 la conformitat a la Constitució i al Conveni europeu per a la protecció de drets humans de les disposicions relatives a la detenció prèvia a l'execució de mesures d'allunyament del territori de la *Loi* de 15 de desembre de 1980, després que fos modificada per l'*Arrêté Royal* d'11 de desembre de 1996. La *Cour* va tenir en compte l'exigència del compliment de tres condicions acumulatives i d'interpretació estricta:

1. que dins dels set dies hàbils des de la detenció s'hagin endegat efectivament gestions per a l'allunyament de l'estranger,
2. que aquestes gestions s'hagin fet amb la diligència adequada, i
3. que encara hi hagi una possibilitat d'allunyar l'estranger en un termini *raonable*;

i que es preveu un control jurisdiccional del compliment d'aquestes condicions¹²².

Finalment, també el demandants d'asil que presenten la sol·licitud un cop ja han penetrat en el territori il·legalment, així com aquells que presenten una sol·licitud després que hagi exhaurit el permís d'estada que tenien, poden ser detinguts si s'adopta una decisió

¹²⁰ Article 52 bis de la *Loi du 15 décembre 1980*.

¹²¹ Article 74/5 §1 i 3 de la *Loi du 15 décembre 1980*.

¹²² Jérôme Sohier, "Les privations de liberté de l'étranger, en droit belge, au regard de l'article 5 de la Convention européenne", *RTDH*, núm. 37, gener de 1999, pàgs. 161-163.

negativa respecte de l'admissibilitat de la demanda. En principi, els demandants d'asil poden escollir lliurement un lloc de residència dins l'estat, no obstant, un cop la demanda ha estat declarada admissible, s'intenta assegurar una distribució equitativa per tot el territori atribuint als municipis la responsabilitat d'assegurar assistència financera a aquestes persones. Els demandants d'asil poden viure allí on vulguin però per tenir accés a assistència financera i social han d'adreçar-se al municipi assignat¹²³.

d. Alemanya

568. LA DETENCIÓ *DE FACTO* A LA FRONTERA DELS DEMANDANTS D'ASIL COM A NO CONSTITUTIVA DE PRIVACIÓ DE LLIBERTAT. A Alemanya, un estranger que presenta una demanda d'asil a l'aeroport pot ser retingut en les dependències frontereres mentre es desenvolupa el procediment accelerat d'admissibilitat de la seva sol·licitud, com s'ha vist en el Capítol X. L'Oficina Federal (BAMF) assignada a la frontera ha d'adoptar una decisió en el termini de quaranta-vuit hores i, en cas que no ho faci, el demandant podrà automàticament entrar en el territori. Si la demanda d'asil és refusada com a *manifestament infundada* l'entrada en el territori és denegada, però el manteniment en zona internacional podrà prolongar-se fins a un màxim de dinou dies, si el demandant presenta una petició de *protecció provisional*. Aquesta petició es presentarà, si de cas, en el termini de tres dies des de la decisió de refús de la demanda d'asil i haurà de ser resolta, en principi, durant els catorze dies següents a la presentació de la petició per part de l'òrgan judicial competent, el *Verwaltungsgericht*¹²⁴. Malgrat les previsions legals quant als terminis, quan les demandes d'asil són refusades en frontera i els sol·licitants no poden ser efectivament allunyats de territori, aquests poden de tota manera passar-se mesos retinguts en les dependències frontereres¹²⁵.

D'acord amb la *Asylverfahrensgesetz*, els demandants d'asil les sol·licituds dels quals han estat considerades manifestament infundades o irrellevants tenen una setmana per anar-se'n del país. Contra la notificació anunciant la deportació, els demandants tenen dret de presentar un recurs davant de la jurisdicció administrativa en el termini d'una setmana. La decisió ha d'emetre's en el termini d'una setmana des de l'esgotament del termini que tenia el demandant per presentar el recurs, és a dir en quinze dies des de la notificació de la deportació. Malgrat aquesta previsió, el tribunal pot ajornar per setmanes aquest termini si les circumstàncies ho requereixen, com per exemple, si la seva càrrega de feina és *extraordinària*¹²⁶. La deportació no es pot executar fins que el tribunal emeti la seva decisió si la demanda ha estat presentada en el temps assignat, en altres casos, l'ordre de suspendre la deportació només es podrà donar *si hi ha dubtes seriosos sobre la legalitat de l'acte*

¹²³ ACNUR, *Reception Standards For Asylum Seekers In the European Union*, op. cit., pàgs. 52-53.

¹²⁴ *AsylVfG (Asylverfahrensgesetz)* § 18 a.

¹²⁵ ACNUR, *Reception Standards For Asylum Seekers In the European Union*, op. cit., pàgs. 94-95.

¹²⁶ *AsylVfG* § 36.1-3.

*administratiu contra el que s'ha presentat el recurs*¹²⁷.

La Cort constitucional alemanya, en la decisió de 14 de maig de 1996 anomenada *procediment en els aeroports* va declarar constitucionals les disposicions que regeixen el procediment d'asil específic en els aeroports, en considerar que l'obligació per a un estranger que arriba a un aeroport alemany de demanar asil mentre és en la zona aeroportuària no és una *limitació de la seva llibertat* en el sentit dels articles 104 i 2§2 de la Llei Fonamental. Les circumstàncies de permanència del demandant d'asil en la zona de trànsit no tenen perquè conduir a desavantatges pel que fa a la protecció jurisdiccional i, la detenció *de facto* en les dependències frontereres no han de considerar-se com a *privació de llibertat*. La Cort constitucional alemanya va admetre de manera implícita, contràriament a la jurisprudència d'altres tribunals constitucionals europeus, l'argument segons el qual les persones detingudes són lliures de marxar en qualsevol moment de la zona internacional amb destinació cap un altre país¹²⁸.

Pel que fa a la llibertat de circulació i residència, un cop admesos en el territori, els demandants d'asil poden residir en un centre d'acollida fins a un màxim de tres mesos i, després, són allotjats en centres dins dels diferents *Lander*, on cal que s'hi estiguin fins que es dicta una decisió final sobre la demanda d'asil. Existeix un sistema de distribució que s'aplica als demandants d'asil que tenen una edat igual o superior a setze anys, i funciona a través d'un programa informàtic que, tenint en compte l'estructura federal de l'estat, atribueix una determinada quota a cada *Land*. El demandant d'asil que ja es troba en el territori o que ha estat autoritzat a entrar és allotjat en un Centre d'acollida del *Land* on es troba, si la quota no ha està coberta i si hi ha places disponibles i, sinó, és dut a un altre *Land* que no hagi esgotat la seva quota¹²⁹.

e. Itàlia

569. MODALITATS DIFERENTS DE LIMITACIÓ I PRIVACIÓ DE LLIBERTAT EN FUNCIÓ DE LES CIRCUMSTÀNCIES DEL DEMANDANT D'ASIL. A Itàlia la detenció dels demandants d'asil es preveu a la *Legge* n. 189 de 30 de juliol de 2002 (Bossi-Fini) de modificació de la normativa en matèria d'immigració i asil¹³⁰, i es desenvolupa al reglament sobre el procediment per al reconeixement de l'estatut de refugiat de 16 de setembre de 2004 que va entrar en vigor l'abril de 2005¹³¹.

¹²⁷ *AsylVG* § 36.3-4.

¹²⁸ Cort constitucional federal (A), decisió de 14 de maig de 1996, 2BvR H1508/93, *BVerfGE* tom 94, pàg. 166, segons Rainer Arnold, "Chronique de jurisprudence constitutionnelle allemande (année 1996)", *AJDA* núm. 4, 1997, pàgs. 337-338.

¹²⁹ ACNUR, *Reception Standards For Asylum Seekers In the European Union*, *op. cit.*, pàg. 94.

¹³⁰ *Legge 30 luglio 2002, n° 198 Modifica alla normativa in materia di immigrazione e di asilo*, *Gazzetta Ufficiale* n° 199 de 26 d'agost de 2002.

¹³¹ *Decreto n.303 del 16 settembre 2004, Regolamento relativo alle procedure per il riconoscimento dello status di rifugiato*, *Gazzetta Ufficiale* n. 299 del 22 de desembre de 2004.

A la *Legge* n. 189 s'estableix que, en principi, els demandants d'asil no poden ser detinguts únicament per tal d'examinar la demanda d'asil, però que *podran* ser retinguts durant el temps *estrictament necessari* per a l'emissió d'una autorització d'estada en el territori, si s'està davant d'un dels casos següents:

- a. quan cal 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 cal verificar elements en els que es basa la demanda d'asil, si no estan immediatament disponibles;
- c. quan s'estigui desenvolupant el procediment per establir el dret d'entrar en el territori¹³²;

Els demandants d'asil hauran de ser retinguts *sempre* quan s'estigui davant d'una de les següents situacions:

- d. quan el demandant d'asil va presentar la demanda mentre estava detingut per causa d'haver eludit o provat d'eludir el control fronterer, o està en situació d'estada il·legal; o
- e. quan la demanda d'asil s'ha presentat per part d'un estranger destinatari d'una decisió d'allunyament o d'expulsió¹³³.

La retenció en els quatre primers casos es farà en un *centre d'identificació* d'acord amb les normes reglamentàries, les quals determinen el nombre, característiques i modalitats de gestió d'aquests centres tenint en compte les regles adoptades per l'ACNUR, així com la normativa del Consell d'Europa i de la Unió Europea. Per llei s'estableix, però, que hi tindrà accés el representant de l'ACNUR; l'accés d'altres entitats, advocats o organismes d'assistència als refugiats haurà de ser autoritzada pel ministeri de l'interior¹³⁴.

En aquest casos, la retenció consisteix en un règim obert, d'acord amb el qual els demandants d'asil poden sortir a hores convingudes. Aquesta modalitat de detenció es considera compatible amb el desenvolupament corrent del procediment simplificat de gestió de les demandes d'asil, per als que està prevista¹³⁵.

Hi ha dues formes de constreyniment. La primera afecta als demandants d'asil dels tipus (b) i (c) anteriorment assenyalats. En aquests casos, la restricció de la llibertat de circulació consisteix en l'obligació per als demandants de romandre en el centre entre les 20h. i les 8h. i de comunicar al director del centre la sortida fora d'aquest horari. La segona afecta als demandants d'asil dels tipus (a) i (d). En aquests casos, és el funcionari de la prefectura competent qui pot donar als demandants d'asil un permís temporal per anar-se'n

¹³² Article 1bis.1 de la *legge Martelli* n. 39 de 1990, introduït per la *Legge 30 luglio 2002, n° 198*, article 32.

¹³³ Article 1bis.3 de la *legge Martelli* introduït per la *Legge 30 luglio 2002, n° 198*, article 32.

¹³⁴ Article 1bis.2 de la *legge Martelli* introduït per la *Legge 30 luglio 2002, n° 198*, article 32.

¹³⁵ Tal com es preveu a l'article 9 "Modalitat de permanència en el centre" del *Decreto n.303 del 16 settembre 2004*.

del centre per a un període de temps diferent o superior a l'anterior, d'acord amb les disposicions prèviament adoptades amb caràcter general pel prefecte (on cal preveure les modalitats i el horaris en què els demandants d'asil poden ser fora del centre i els règims de visites). Aquest permís només es podrà donar *per motius personals rellevants i provats, de salut o de família o per motius provats atenent l'examen de la demanda de reconeixement de l'estatut de refugiat*¹³⁶. L'allunyament del centre ha de ser compatible amb les fases del procediment simplificat d'examen de la demanda de refugi. L'eventual denegació ha de ser motivada i comunicada a l'interessat.

En el cinquè cas (e), els demandants d'asil seran internats en un *centre d'estada temporal i assistència*, als que també hi tindrà accés l'ACNUR sempre, i altres entitats quan ho autoritzi el ministeri de l'interior. En aquest cas s'aplicarà el procediment establert a l'article 14 del *Decreto Legislativo* n. 286 de 25 de juliol de 1998¹³⁷. La detenció en aquests centres dels estrangers que són objecte de mesures d'allunyament pot durar fins a vint dies, prorrogables judicialment per deu dies més. D'acord amb la *Legge* 189, si la persona objecte d'una mesura de detenció demana asil, el *questore* competent del lloc on la sol·licitud d'asil ha estat presentada demanarà una pròrroga del manteniment en el centre per a 30 dies, per tal que tingui lloc el procediment simplificat previst per examinar la demanda d'asil.

D'acord amb l'article 3 del Reglament sobre el procediment aplicable al reconeixement de l'estatut de refugiat, el temps de manteniment del demandant d'asil en un *centre d'identificació* s'establirà en la providència que disposi aquest ingrés, i no serà superior a 20 dies. Aquesta provisió serà comunicada al demandant en una llengua que compregui i, si això no és possible, *en llengua anglesa, francesa, espanyola o àrab, segons la preferència indicada per l'interessat*¹³⁸. S'informarà al demandant de la possibilitat de contactar amb l'ACNUR en qualsevol moment del procediment, així com del règim de visites i de permanència en el centre¹³⁹. Un cop passats vint dies cessa l'exigència del manteniment previst a l'article 1bis §1 de la *legge* de 2002 reproduït al *decreto*, i es lliura al demandant un permís d'estada temporal d'una validesa de 3 mesos, renovable fins a l'acabament del procediment de reconeixement de l'estatut de refugiat¹⁴⁰.

f. Regne Unit

570. EVOLUCIÓ DE LA PRIVACIÓ DE LLIBERTAT DELS DEMANDANTS D'ASIL AL REGNE UNIT COM A

¹³⁶ Article 9 § 2 del *Decreto* n.303 del 16 setembre 2004.

¹³⁷ *Decreto Legislativo* 25 luglio 1998, n° 286 *Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*, *Gazetta ufficiale* n° 191 de 18 d'agost de 1998, *Supplemento Ordinario* n° 139.

¹³⁸ Article 4 del *Decreto* n.303 del 16 setembre 2004.

¹³⁹ Article 3.3 del *Decreto* n.303 del 16 setembre 2004.

¹⁴⁰ Article 3.4 del *Decreto* n.303 del 16 setembre 2004.