

control d'entrada per a estades de fins a tres mesos dins d'un període màxim de sis, han estat superades per *Codi de fronteres Schengen* adoptat el mes de març de 2006 i que és una part fonamental del nou enfocament adoptat en el si de la Unió.

Per al traspàs de les fronteres exteriors de la Unió, la perspectiva més recent adoptada per la Comissió ha estat l'establiment d'un règim complet de gestió integrada de les fronteres<sup>34</sup>, en la qual el *capítol legislatiu* seria un *codi comunitari de règim fronterer*<sup>35</sup>, i on el *capítol operatiu* ja el conforma l'*agència europea per a la gestió de la cooperació operativa de les fronteres exteriors*<sup>36</sup>.

El 15 de març de 2006 finalment es va adoptar un *Codi comunitari de normes per a l'encreuament de persones per les fronteres* o *Codi de fronteres Schengen*<sup>37</sup> que substitueix el *Manual comú* de fronteres i la Instrucció consular comuna<sup>38</sup> integrats a la Unió amb el Tractat d'Amsterdam, i que fins a l'entrada en vigor del Codi (16 d'octubre de 2006) han estat les normes bàsiques de control fronterer juntament amb els principis del mateix Conveni d'aplicació Schengen. Aquesta norma, adoptada amb la forma de reglament, va més enllà d'una simple adaptació de les normes que substitueix i estableix un règim conjunt per a la gestió dels controls a les fronteres exteriors (Títol II) i interiors (Títol III) de la Unió, preveient les modalitats en què aquests darrers es poden restablir temporalment quan determinades circumstàncies ho requereixin<sup>39</sup>.

324. En principi, els controls a les fronteres exteriors s'aplicaran als refugiats i als demandants d'asil de la mateixa manera que als altres *nacionals d'un tercer país* ja que en la definició d'aquest concepte només s'exclouen els ciutadans de la Unió<sup>40</sup>. L'article 3 del *Codi de fronteres Schengen* no obstant, estableix una cautela segons la qual tot i que el

---

<sup>34</sup> Csse, *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento europeo. Hacia una gestión integrada de las fronteras exteriores de la Unión Europea*, COM (2002) 233 final, Brussel·les 7 de maig de 2002.

<sup>35</sup> Csse, *Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se establece un «Código comunitario sobre el régimen de cruce de fronteras por las personas»*, COM (2004) 391 final, Brussel·les, 26 de maig de 2004, 2004/0127 (CNS).

<sup>36</sup> *Reglamento (CE) N° 2007/2004 del Consejo de 26 de octubre de 2004 por el que se crea una Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea*, DOUE 25.11.2004, N° L 349/1-11 [eev 1.5.2005].

<sup>37</sup> *Reglamento (CE) N° 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2006 por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen)*, DOUE de 13 d'abril de 2006, N° L 105/1-32. En el Codi no hi participen ni Irlanda ni el Regne Unit (§27-28 del preàmbul).

<sup>38</sup> *Decisión SCH/Com-ex (99) 13, de 28 d'abril de 1999, relativa a la adopción de la versión definitiva del Manual común y de la Instrucción consular común dirigidos a las misiones diplomáticas y oficinas consulares de carrera*, DOCE 22.9.2000, N° L 239/317; i DOCE 16.12.2002, N° C 313/97.

<sup>39</sup> Articles 23-31 del *Codi de fronteres Schengen*. Finalment es va descartar introduir la possibilitat de restablir simultàniament i conjunta els controls a totes les fronteres interiors *en cas d'amenaça d'extrema gravetat per a l'ordre públic, la seguretat interior i la salut pública que afecti a diversos estats membres, en particular, en cas d'amenaça terrorista de caràcter transfronterer*; com preveia l'article 24 de la Proposta de reglament de *codi comunitari de règim fronterer* de la Comissió COM (2004) 391 final.

<sup>40</sup> Article 2§6 del *Codi de fronteres Schengen*.

reglament s'aplicarà a qualsevol persona que traspassi la frontera (interior o exterior) d'un estat membre, això no afectarà als *drets dels refugiats i sol·licitants de protecció internacional, en particular, en allò relatiu a la no devolució*<sup>41</sup>. Respecte d'aquesta disposició cal assenyalar que, per les raons que s'han exposat al Capítol I, l'expressió *sol·licitants de protecció internacional* caldria que fos corregida per *demandants d'asil*. Tal com la Comissió expressa en el comentari d'aquest article, la referència als drets dels refugiats i sol·licitants de protecció internacional evoca la Convenció de Ginebra modificada pel Protocol de Nova York, així com també els diferents instruments de dret comunitari adoptats o en curs d'adopció sobre protecció<sup>42</sup>.

D'entre aquests darrers, els controls a les fronteres marítimes de la Unió presenten dificultats específiques, sobretot per als països de la ribera mediterrània, per la necessitat de trobar un just equilibri entre les obligacions de caràcter internacional i l'exercici de les funcions relatives al control de la immigració il·legal<sup>43</sup>. En un informe de setembre de 2003, la Secretaria General del Consell va establir que de les persones que arribaven per mar només entre un 5 i un 10% eren demandants d'asil, i que calia assegurar-los l'accés a un procediment d'asil i a una *estada tolerada* durant el temps que tardi l'examen de la seva demanda<sup>44</sup>. El problema, com s'apuntava també a l'informe era que els controls fronterers *són tant efectius que impedeixen els demandants d'asil sortir del seu país i fer la seva sol·licitud*<sup>45</sup>.

325. L'agència europea per a la gestió de la cooperació operativa de les fronteres exteriors (Agència FRONTEX), el capítol *operatiu* en la terminologia emprada per la Comissió, és en funcionament des de l'1 de maig de 2005<sup>46</sup> i s'ha d'encarregar de proporcionar el suport necessari als estats per aplicar la normativa europea de control i vigilància de les fronteres exteriors terrestres, marítimes i aèries, i de coordinar la cooperació operativa de les autoritats nacionals. El control i la vigilància de les fronteres exteriors són competència dels estats membres, i l'agència està destinada a facilitar el seu exercici amb la coordinació de les accions d'aplicació de la normativa, la prestació d'assistència tècnica i per a la formació, la realització d'anàlisis de riscos, i l'assistència

---

<sup>41</sup> Article 3 b) del *Codi de fronteres Schengen*.

<sup>42</sup> Pàg. 18 de la Proposta de reglament de *codi comunitari de règim fronterer* COM (2004) 391 final.

<sup>43</sup> Sobre aquesta qüestió *vid. Supra* Capítol VII.

<sup>44</sup> Consell de la Unió, Secretaria General, *Feasibility study on the control of the European Union's maritime borders. Final Report*, 11490/1/03 REV 1, FRONT 102, COMIX 458, Brussel·les, 19 de setembre de 2003, pàg. 20/92. L'Agència té la seva seu a Varsòvia, *Decisión del Consejo de 26 de abril de 2005 por la que se establece la sede de la Agencia europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los estados miembros de la Unión Europea (2005/358/CE)*, *DOUE*, de 4 d'abril de 2005, N° L 114/13.

<sup>45</sup> *Ibidem*, pàg. 16.

<sup>46</sup> Pel que fa a l'evolució del procés, Patrizia Coda, "L'Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des états membres de l'Union européenne", *RMCUE*, núm. 489, 2005, pàgs. 385-387.

per a l'organització d'operacions de retorn conjuntes d'estats membres amb fons comunitaris, entre d'altres activitats. Tenint en compte que la darrera ampliació de la Unió europea ha desplaçat en bona mesura la càrrega d'exercir controls eficaços a les fronteres cap a l'est de l'espai comú, l'agència també es proposa promoure la solidaritat entre els estats membres<sup>47</sup>.

L'agència europea de fronteres no té cap paper actiu en l'elaboració de les polítiques, ni té competències d'execució, i els funcionaris i agents no tindran cap poder repressiu, ni faran directament els controls a les fronteres exteriors; per la qual cosa, *està molt lluny del cos europeu de guardes fronterers* a favor del qual estan països com Alemanya i França<sup>48</sup>. Es reivindica, de tota manera, que es posin en funcionament a partir de l'agència operacions conjuntes de gestió de fronteres i projectes pilot, que es valori la possibilitat d'establir un sistema de vigilància de tota la frontera marítima meridional de la Unió Europea, és a dir, en la Mediterrània, i que s'estableixin equips de reacció ràpida per oferir assistència tècnica i operativa en moments de gran aflluència d'immigrants<sup>49</sup>.

Tenint en compte la necessitat de cooperar i col·laborar dels serveis interns dels estats membres, i de finançar accions conjuntes en matèria de fronteres exteriors, visats, asil i immigració, el Consell va adoptar el 2002 el programa ARGO de cooperació administrativa<sup>50</sup>, sobretot en vistes a l'ampliació que es va produir el 2004. Aquest programa ha finançat, per exemple, el programa ULISES, dirigit pel Ministeri de l'interior espanyol, per al control de les fronteres marítimes atlàntica i mediterrània<sup>51</sup>. També ha estat proposat el maig de 2005 un fons europeu per al finançament d'accions en els àmbits de control i vigilància de les fronteres exteriors, en matèria de política de visats, de retorn de nacionals de països tercers en situació irregular, d'integració de nacionals de països tercers en situació legal, i d'asil (juntament amb el fons europeu per als refugiats); tenint en compte la disparitat en la càrrega que suporten uns estats en relació amb els altres en

---

<sup>47</sup> Paràgraf 5 del preàmbul del reglament núm. 2007/2004.

<sup>48</sup> Thierry Mariani, *Assemblée Nationale. Rapport d'Information déposé par la délégation de l'Assemblée Nationale pour l'Union Européenne sur la création d'une Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des Etats membres de l'Union européenne (COM [2003] 687 final/ E2447, N° 1477, 3 de març de 2004, pàg. 23/28.*

<sup>49</sup> C<sup>ll</sup>Eu, *Consejo Europeo de Bruselas, 15 y 16 de diciembre de 2005. Conclusiones de la Presidencia, Brussel·les 30 de gener de 2006, 15914/1/05 REV 1, Annex I "Enfoque global de la migración: medidas prioritarias centradas en África y el Mediterráneo", pàg. 10/23.*

<sup>50</sup> *Decisión del Consejo de 13 de junio de 2002 por la que se adopta un programa de acción relativo a la cooperación administrativa en los ámbitos de las fronteras exteriores, visados, asilo e inmigración (programa ARGO) (2002/463/CE), DOCE 19.6.2002, N° L 161/11-15.* La Comissió ja ha previst una proposta de modificació de la decisió, C<sup>ssE</sup>, *Propuesta de Decisión del Consejo por la que se modifica la Decisión n° 2002/463/CE por la que se adopta un programa de acción relativo a la cooperación administrativa en los ámbitos de las fronteras exteriores, visados, asilo e inmigración (programa ARGO), COM (2002) 384 final, 2004/0122 CNS, Brussel·les, 19 de maig de 2004.*

<sup>51</sup> C<sup>ssE</sup>, *Commission Staff Working Paper. First annual report to the Council and the European Parliament on the implementation of the ARGO programme (2002-2003), SEC (2004) 211, Brussel·les, 17 de febrer de 2004, pàg. 7/9.*

funció de la seva situació respecte dels 6.000 km de fronteres terrestres i 85.000 km de costes de l'espai comú<sup>52</sup>.

## 2. Mesures que dificulten o impedeixen la sortida del país d'origen

326. D'entre les mesures que es van implantar per a la creació d'un espai sense fronteres interiors, primer a través del bagatge Schengen i, després, de la normativa comunitària i de la Unió, dues afecten especialment les oportunitats dels demandants d'asil d'accedir a un estat europeu per obtenir-hi protecció, en el mateix moment de l'intent de la fugida del país d'origen: la pràctica generalització de visats d'entrada, i la previsió de sancions als transportistes que duguin a l'espai comú persones estrangeres sense la documentació requerida per entrar.

Com ha destacat M<sup>a</sup> Teresa Gil Bazo, la combinació de les sancions a les companyies aèries amb la prohibició de d'entrada sense visat *suposen una limitació determinant en la recerca d'asil*<sup>53</sup>. Totes dues mesures vulneren l'esperit de l'article 14 de la Declaració Universal de Drets Humans que estableix el dret de cercar asil i, en la seva aplicació ordinària, faciliten que es produeixin violacions del principi bàsic de *non-refoulement*. L'aplicació estricta d'aquestes mesures també suposa un desafiament del dret de tothom de sortir del propi país previst a l'article 13§2 de la Declaració Universal i a l'article 12§2 del Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics.

### a. L'exigència de visat d'entrada

327. El sistema Schengen partia de la base que els estrangers no nacionals d'un estat membre havien de disposar d'un visat d'entrada lliurat per les autoritats d'un dels estats, excepte si el visat expressament no s'exigia, i que, per aquest motiu, calia definir una política comuna de visats. Com que el Tractat de Maastricht va atribuir competència en aquest àmbit a la Comunitat europea, ben aviat es van adoptar dos instruments comunitaris que substituïen les previsions Schengen: un reglament *pel qual s'estableix un model uniforme de visat*<sup>54</sup>, i un reglament on es determinen *els tercers països els nacionals*

---

<sup>52</sup> Csse, *Proposition de Décision du Parlement européen et du Conseil portant création du Fonds européen pour les réfugiés pour la période 2008-2013 dans le cadre du programme général Solidarité et gestion des flux migratoires [SEC (2005) 435], COM (2005) 123 final, COD 2005/0046.*

<sup>53</sup> M<sup>a</sup> Teresa Gil Bazo, "La protección de los refugiados en la Unión Europea tras la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos", Fernando M. Mariño Menéndez, Carlos Fernández Liesa (dir. i coord.), *La protección de las personas y grupos vulnerables en el derecho europeo*, Madrid: Ministerio de trabajo y de Asuntos Sociales, 2001, pàg. 160.

<sup>54</sup> *Reglamento (CE) del Consejo N° 1683/95 de 29 de mayo de 1995 por el que se establece un modelo uniforme de visado, DOCE de 14 de juliol de 1995, N° L 164/1-4.* La Comissió ha presentat una proposta per modificar aquest reglament, Csse, *Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 1683/95 por el que se establece un modelo uniforme de visado. Propuesta de*

dels quals han d'estar proveïts d'un visat en creuar les fronteres exteriors dels estats membres<sup>55</sup>. Aquest reglament va ser substituït l'any 2001 per tal d'adaptar la norma a la nova base jurídica proporcionada per l'article 62.2 b) del TCE, preveient-se modificacions importants com l'establiment de dos llistats exhaustius de tercers estats: en l'Annex A s'inclouen aquells que els seus nacionals tenen l'obligació de disposar de visat, i en l'Annex B, aquells els nacionals dels quals n'estan exempts. També es preveu que els estats podran, en casos especials, eximir determinades categories de persones de l'obligació de visat o sotmetre-les a aquesta obligació, d'acord amb el dret internacional o el dret consuetudinari<sup>56</sup>. Malgrat això, entre les categories de persones que es preveu que els estats poden eximir de tenir visat, tot i provenir d'un estat de l'Annex A, no s'hi inclouen els demandants d'asil, cosa que faria que el reglament s'ajustés plenament al Dret d'asil i el refugi. Respecte dels refugiats reconeguts, l'article 3 del reglament disposa que estaran sotmesos a l'obligació de visat quan el país on resideixin o que els hagi expedit la documentació de viatge sigui un dels estats de l'Annex A<sup>57</sup>.

---

*Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 1030/2002 por el que se establece un modelo de permiso uniforme de residencia para nacionales de terceros países, COM (2003) 558 final, 2003/0217 (CNS), 2003/0218 (CNS), Brussel·les, 24 de setembre de 2003.*

<sup>55</sup> *Reglamento (CE) Nº 2317/95 del Consejo de 25 de septiembre de 1995 por el que se determinan los países terceros cuyos nacionales deben estar provistos de un visado al cruzar las fronteras exteriores de los Estados miembros, DOCE de 3 d'octubre de 1995, Nº L 234/1-3. Després que fos anul·lat per sentència del TJCE de 10 de juny de 1997, afer *Parlamento Europeo c. Consejo de la Unión Europea*, núm. C-392/95, per manca de consulta al PE va ser substituït pel *Reglamento (CE) Nº 574/1999 del Consejo de 12 de marzo de 1999 por el cual se determinan los terceros países cuyos nacionales deben estar provistos de un visado al cruzar las fronteras exteriores de los estados miembros, DOCE de 18 de març de 1999, Nº L 72/2-5. L'informe del PE sobre aquest últim reglament destacava la necessitat que els estats establissin el reconeixement mutu dels visats concedits i que, amb les modificacions del Tractat d'Amsterdam, caldria substituir-lo per una nova disposició, per a la qual cosa emplaçava la Comissió a presentar un text en un mes des de l'entrada en vigor d'aquest. PE, *Informe sobre la propuesta de Reglamento del Consejo por el que se determinan los terceros países cuyos nacionales deben estar provistos de un visado al cruzar las fronteras exteriores de los Estados miembros (COM(93)00684-C4-00665/97-97/0922(CNS)) y la orientación del Consejo acerca de la propuesta de Reglamento del Consejo por el que se determinan los terceros países cuyos nacionales deben estar provistos de un visado al cruzar las fronteras exteriores de los Estados miembros (11323/97)*, Klaus-Heiner Lehne (ponent), de 27 de gener de 1999, *Parlamento europeo. Documentos de sesión*, A4-0043/99 [PE 226.830/def.].**

<sup>56</sup> *Reglamento (CE) Nº 539/2001 del Consejo de 15 de marzo de 2001 por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación, DOCE 21.3.2001, Nº L 81/1-7. Aquest reglament ha estat modificat per tal de resoldre situacions de no reciprocitat en les que un tercer país de l'Annex II manté o instaura visats respecte d'un o més dels estats membres; *Reglamento (CE) Nº 851/2005 del Consejo de 2 de junio de 2005 que modifica el Reglamento (CE) Nº 539/2001 por el que se establece la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación en lo que respecta al mecanismo de reciprocidad, DOCE 4.6.2005, Nº L 141/3-5.**

<sup>57</sup> També s'ha previst un Sistema d'Informació de Visats; *Decisión del Consejo de 8 de junio de 2004 por la que se establece el Sistema de Información de Visados (VIS), DOUE 15.6.2004, Nº L 213/5-7.*

## *b. Les sancions als transportistes*

328. En el Conveni d'aplicació de Schengen es preveuen com a mesures *de recolzament* que els estats prevegin en les seves legislacions internes que les empreses de transport que hagin dut a la frontera exterior d'un estat contractant, per via aèria, marítima o terrestre, un estranger a qui es refusa l'entrada en el territori, estaran obligades a *fer-se càrrec d'aquest* immediatament, i tornar-lo a l'estat tercer que hagi lliurat el document de viatge que duu l'estranger, o a un altre estat que l'admeti a entrar. També s'estableix *l'obligació* de les companyies de transport de prendre les mesures necessàries per assegurar-se que l'estranger té els documents que l'autoritzen a entrar en el territori de les parts contractants, i el compromís dels estats de preveure *sancions* contra els transportistes que per via aèria o marítima (o terrestre en autocars que fan rutes internacionals per carretera) duguin, des d'un tercer estat fins el territori de les parts contractants, un estranger que no tingui els documents de viatge exigits<sup>58</sup>.

Amb el propòsit de lluitar contra la immigració il·legal aquestes previsions del Conveni Schengen s'han desenvolupat i completat a la Unió Europea amb dues directives més. La primera té per objecte ampliar les obligacions dels transportistes i harmonitzar les sancions pecuniàries previstes en els estats membres en cas d'incompliment de les obligacions de control dels transportistes<sup>59</sup>. Es preveu que els estats adoptaran mesures per garantir que l'obligació dels transportistes de retornar els nacionals de tercers països prevista per l'article 26 del Conveni de Schengen, s'apliqui també quan es denegui l'entrada a un nacional d'un país tercer en trànsit si *a) el transportista que havia de traslladar-lo al seu país de destí es nega a embarcar-lo; o si b) les autoritats de l'estat de destí li haguessin refusat l'entrada i l'haguessin tornat a l'estat pel qual ha transitat*<sup>60</sup>. També cal que es prevegin mesures per obligar els transportistes a trobar els mitjans per al retorn immediat i per fer-se càrrec dels costos, o fer-se càrrec de l'estada i el retorn a un tercer país de les persones no admeses quan ells mateixos no poden tornar-los al lloc de procedència<sup>61</sup>. Pel que fa a les sancions previstes, s'estableix que han de ser *dissuasòries, efectives i proporcionals*, i que els estats poden optar entre tres opcions: que l'import

---

<sup>58</sup> Capítol VI, Títol II, article 26.1 i 2 del Conveni d'aplicació Schengen [base jurídica: article 63.3 b) i 61 b) TCE, tenint en compte que la forma, modalitats i nivell de sancions d'acord amb aquest article és un assumpte que correspon als estats membres].

<sup>59</sup> *Directiva 2001/51/CE del Consejo por la que se completan las disposiciones del artículo 26 del Conveni de aplicació del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985, DOCE 10.7.2001, N° L 187/45-46.* La iniciativa va ser de França. Sobre l'adopció i el contingut de la directiva, com a mecanisme de control dels fluxos migratoris a la UE, Andreu Olesti Rayo, "La inmigración irregular y el control de los flujos migratorios en la Unión Europea", Alejandro J. Rodríguez Carrión, Elisa Pérez Vera (coord.), *Soberanía del Estado y Derecho internacional. Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, tom II, Sevilla: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Málaga, 2005, pàgs. 951-954.

<sup>60</sup> Article 2 de la directiva 2001/51/CE.

<sup>61</sup> Article 3 de la directiva 2001/51/CE.

màxim de les sancions no sigui inferior a 5.000 € per persona transportada; que l'import mínim no sigui inferior a 3.000 € per persona transportada; o bé que l'import màxim de la sanció aplicada a cada infracció no sigui inferior a 500.000 €, independentment del nombre de persones transportades<sup>62</sup>.

La segona directiva també té per objecte ampliar les obligacions dels transportistes, en aquest cas, relatives a informacions que han de trametre a les autoritats de destí i, conseqüentment, les sancions que se'ls poden aplicar si no compleixen aquestes obligacions<sup>63</sup>. S'estableix que els estats preveuran l'obligació que els transportistes comuniquin, *com a molt tard, en acabar l'embarcament, quan ho sol·licitin les autoritats encarregades dels controls de persones a les fronteres exteriors, la informació relativa a les persones que es disposen a transportar a un pas fronterer habilitat pel qual entraran en un estat membre*<sup>64</sup>. La comunicació de la informació no allibera als transportistes de les obligacions i responsabilitats establertes a l'article 26 de la Convenció de Schengen. Pel que fa a les sancions, el seu import màxim no podrà ser inferior a 5.000 € o bé el seu import mínim no podrà ser inferior a 3.000 €, per cada viatge realitzat sense fer la comunicació de dades<sup>65</sup>.

329. A Espanya, la transposició de la primera directiva es va fer amb la Llei orgànica 14/2003 de 20 de novembre<sup>66</sup>. En ella es modifica l'article 66 de la Llei orgànica 4/2000 sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya, introduït per la Llei orgànica 8/2000, que preveia les obligacions dels transportistes derivades del Conveni d'aplicació de Schengen, i les disposicions relatives a les sancions. A l'article 54 de la Llei es preveu que l'incompliment de les obligacions dels transportistes són *infraccions molt greus*: la no comprovació de la validesa i vigència tant dels passaports, com dels títols de viatge i altres documents d'identitat pertinents, com el visat serà sancionada amb una multa de 3.000 a 6.000 € per viatger transportat o d'un mínim de 500.000 €, independentment del nombre

---

<sup>62</sup> Article 4 de la directiva 2001/51/CE. La directiva no ho imposa als estats, però s'estableix que a més poden adoptar o mantenir contra els transportistes si incompleixen les obligacions de l'article 26 del Conveni Schengen o les previstes a l'article 2 de la directiva, *altres mesures que impliquin sancions d'altre tipus com la immobilització, confiscació o decomís del mitjà de transport, o la suspensió provisional o retirada de l'autorització d'explotació* (Article 5).

<sup>63</sup> Directiva 2004/82/CE del Consejo de 29 de abril de 2004 sobre la obligación de los transportistas de comunicar los datos de las personas transportadas, DOUE 6.8.2004, N° L 261/24-27. El termini de transposició acaba el 5 de setembre de 2006, i la iniciativa va ser d'Espanya

<sup>64</sup> Article 3 de la directiva 2004/82/CE. La informació constarà de: *el número i el tipus de document de viatge utilitzat, la nacionalitat, el nom i els cognoms, la data de naixement, el pas fronterer d'entrada en el territori dels estats membres, el codi de transport, l'hora de sortida i d'arribada del transport, el nombre total de persones transportades en aquell mitjà, el lloc inicial de l'embarcament*.

<sup>65</sup> Article 4 de la directiva 2004/82/CE.

<sup>66</sup> Ley orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de Reforma de la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre los derechos y las libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre; de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local; de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, BOE de 21 de noviembre de 2003, núm. 279/41193-41204.

de viatgers; les altres infraccions, també *molt greus*, seran sancionades amb una multa d'entre 6.001 i 60.000 €. L'article 66 amplia les obligacions dels transportistes d'acord amb les previsions de la directiva 2001/51/CE, però, també, amb la intenció de fer una transposició anticipada de la directiva 2004/82/CE s'inclouen obligacions d'informació. L'apartat 1 de l'article 66 preveu que *quant així ho determinin les autoritats espanyoles*, els transportistes hauran de trametre la informació relativa al passatge en acabar l'embarcament i abans de la sortida del mitjà de transport. El nombre de dades que es preveu que s'haurà de trametre, però, és menor que a la directiva finalment adoptada<sup>67</sup>.

D'altra banda, es preveu una obligació addicional d'informació a càrrec dels transportistes, consistent en què aquests hauran

*(d')enviar a les autoritats espanyoles encarregades del control d'entrada la informació comprensiva del nombre de bitllets de tornada no utilitzats pels passatgers que prèviament haguessin transportat a Espanya, bé sigui per via aèria, marítima o terrestre, i amb independència de que el transport sigui en trànsit o com a destí final, de rutes procedents de fora de l'espai Schengen.*

A més, *quan així ho determinin les autoritats espanyoles*, als efectes d'aquesta informació caldrà que també trametin les dades abans esmentades (nom, cognoms, nacionalitat, número de passaport o del document que acrediti la identitat). La informació relativa a la no utilització dels bitllets de retorn s'haurà d'enviar en un termini no superior a 48 hores des de la data de la caducitat del bitllet<sup>68</sup>.

El motiu per que el nombre de dades que es preveu que s'hauran de trametre sigui inferior a la Llei orgànica que a la directiva, i per que es prevegi aquesta obligació d'informació addicional, és que la directiva 2004/82/CE es va aprovar en base a una iniciativa d'Espanya, de 2003, on s'establia només la tramesa de les dades previstes després a la Llei orgànica, i també es proposava aquesta obligació d'informació sobre les persones que no havien utilitzat els bitllets de tornada que finalment no va ser acceptat en el si del Consell<sup>69</sup>.

330. En general, la previsió d'obligacions i sancions d'aquests tipus als transportistes compleixen una funció de dissuasió o prevenció de la immigració il·legal, que es posa a càrrec, principalment, d'empreses privades. Aquest fet comporta la privatització d'una funció estatal, que és la de controlar l'entrada de persones en el territori, la *delegació* implícita de l'exercici de jurisdicció estatal, i suposa un risc greu de violació d'obligacions internacionals dels estats en matèria de Dret d'asil i refugi. Les garanties de respecte del dret de demanar asil davant d'autoritats competents per concedir-lo, del

---

<sup>67</sup> *La información será comprensiva del nombre y apellidos de cada pasajero, de su fecha de nacimiento, nacionalidad, número de pasaporte o del documento de viaje que acredite su identidad.* Article 66§1 darrer paràgraf de la Llei orgànica 14/2003.

<sup>68</sup> Article 66§2 de la Llei orgànica 14/2003

<sup>69</sup> *Iniciativa del Reino de España con vistas a la adopción de una Directiva del Consejo sobre la obligación de los transportistas de comunicar los datos de las personas transportadas (2003/C 82/08), DOUE 5.4.2003, N° C 82/23-24.*



dret de *non-refoulement* a les fronteres i, fins i tot, del dret de sortir del propi país, poden quedar reduïdes a una oportunitat de demanar de les empreses de transport que facin confiança que, com a demandants d'asil, seran admesos a entrar en el territori de l'estat de destí.

En aquest sentit, no és raonable confiar que les empreses de transport tindran en compte sempre que, en el cas dels demandants d'asil, com es veurà al Capítol següent, els requisits de documentació d'entrada són més lleugers. A Espanya, per exemple, l'article 25 de la Llei orgànica 4/2000 d'11 de gener, *sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya*, modificada per la Llei Orgànica 8/2000, de 22 de desembre, estableix que els requisits per a l'entrada en el territori espanyol no s'aplicaran *als estrangers que sol·licitin acollir-se al dret d'asil en el moment de la seva entrada a Espanya*. Davant del risc que els siguin imposades obligacions de presa en càrrec i retorn immediat i, eventualment, sancions pecuniàries si el demandant d'asil no és admès a entrar en el territori, les empreses de transport tendiran a preferir no embarcar els demandants d'asil, si no se'ls garanteix que no seran sancionades<sup>70</sup>. Ni a la Llei espanyola, ni a les directives comunitàries es preveuen expressament excepcions a les sancions per motiu de presentació de demanda d'asil, cosa que debilitaria menys el dret de demanar asil.

L'estat evadeix amb les sancions als transportistes les seves obligacions internacionals cap als refugiats i demandants d'asil<sup>71</sup>. Malgrat això, cada cop que un demandant d'asil vegi vulnerat un dels seus drets cometrà una violació extraterritorial indirecta de les seves obligacions internacionals, que no desapareixen per la cessió de l'exercici de les seves funcions a empreses amb finalitat privada<sup>72</sup>.

---

<sup>70</sup> En aquest sentit, la *Comisión española de ayuda al refugiado* ha denunciat les pressions rebudes per demandants d'asil colombians per part de treballadors d'Ibèria en la línia Bogotá-Tel Aviv per a que no aprofitessin l'escala a Madrid per demanar asil a Espanya, com el fet que se'ls separava de la resta del passatge, se'ls retenia el passaport i se'ls escortava en tot moment fins al'embarcament en el següent avió. Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR), *La situación de los refugiados en España. Informe 2004*, Madrid: La Catarata, 2004, pàgs. 48-50.

<sup>71</sup> Anne Ruff, "The Immigration (Carriers' Liability) Act 1987: its Implications for Refugees and Airlines", *IJRL*, vol. 1, núm. 4, 1989, pàg. 499; i Herman Meijers, "Refugees in Western Europe 'Schengen' affects the entire Refugee Law", *IJRL*, vol. 2, núm. 3, 1990, pàgs. 434-436.

<sup>72</sup> Tal com la doctrina ha considerat, les actuacions de les companyies de transport en virtut de funcions que corresponen als òrgans de seguretat de l'estat poden ser imputades a l'estat d'acord amb les normes de dret internacional. Esperanza Orihuela Calatayud, "El derecho a solicitar asilo. Un derecho en fase terminal por las violaciones del derecho internacional", *RJUAM*, núm. 9, 2003, npp 81, pàg. 87. La base jurídica d'aquesta responsabilitat es troba en els articles 5 i 8 de la resolució de l'Assemblea General de les Nacions Unides sobre responsabilitat, que estableixen que *Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o entidad que no sea órgano del Estado según el artículo 4, pero esté facultada por el derecho de ese Estado para ejercer atribuciones del poder público, siempre que, en el caso de que se trate, la persona o entidad actúe en esa capacidad*, i que *Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si esa persona o ese grupo de personas actúa de hecho por instrucciones o bajo la dirección o el control de ese Estado al observar ese comportamiento*. Asamblea General de las Naciones Unidas, *Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, A/RES/56/83, de 28 de gener de 2002.

Els demandants d'asil i refugiats tenen *necessitat d'estat*. No només per obtenir una protecció territorial, sinó per beneficiar-se de l'exercici d'una autoritat pública compromesa amb el dret internacional. El *European Union Committee* de la *House of Lords* britànica, en l'examen de la proposta de directiva sobre les obligacions d'informació de les empreses de transport, va considerar, per això, que la càrrega que es posava a càrrec de les empreses de transport era desproporcionada en relació als objectius que es volien assolir, que la quantitat de dades era excessiva, i que el fet de deixar en mans dels estats la sol·licitud de la informació en cada cas podia causar una confusió considerable<sup>73</sup>.

Certament, no s'exigeix que les sancions previstes al Conveni Schengen i a les directives de 2001 i 2004 siguin sancions penals, sinó que poden regular-se en normes de caràcter administratiu, però, com ha destacat la doctrina, suposen un debilitament de la immunitat penal de l'article 31 de la Convenció de Ginebra per entrades il·legals de demandants d'asil, ja que aquesta disposició tradueix la idea que fugir de persecució és motiu per evitar patir sancions<sup>74</sup>. Per a Eric Mignon, per exemple, de l'obligació d'interpretar els articles 31 i 33 de la Convenció de Ginebra *de bona fe seguint el sentit ordinari que s'hagi d'atribuir als termes del tractat, en el context d'aquests, i tenint en compte el seu objecte i la seva fi*, resulta que els estats estan obligats a no dificultar l'accés al territori dels demandants d'asil<sup>75</sup>.

331. Pel que fa al transport aeri, l'Annex 9 del Conveni sobre aviació civil internacional també preveu l'obligació de les empreses de transport de *prendre precaucions en el punt d'embarcament per assegurar que les passatgers duguin els documents prescrits pels estats de trànsit i destí*<sup>76</sup>, i de fer-se càrrec de les persones no admissibles que els estats els transfereixin, que hauran de retornar *promptament al punt on la persona va iniciar el seu viatge o a qualsevol altre lloc on la persona sigui admissible*<sup>77</sup>. Malgrat això, també s'estableix que els estats contractants *no imposaran multes als explotadors quan passatgers que arriben o en trànsit resultin documentats indegudament, si els explotadors poden demostrar que van prendre precaucions adequades per assegurar-se que els passatgers tenien els documents exigits per entrar*

---

<sup>73</sup> House of Lords. European Union Committee, *Fighting illegal immigration: should carriers carry the burden? 5th Report of Session 2003-04*, 12 de febrer de 2004.

<sup>74</sup> Eric Mignon, "Réfugiés et compagnies aériennes", *RDE*, núm. 56, 1989, pàg. 295.

<sup>75</sup> *Ibidem*. pàg. 295; i també Antonio Cruz, "Compatibility of carrier sanctions in four Community States with international civil aviation and human rights obligations", Herman Meijers et al., *Schengen. Internationalisation of central chapters of the law on aliens, refugees, privacy, security and the police*, Utrecht: W.E.J. Tjeenk Willink Kluwer law and taxation, 1991, pàgs. 52-53.

<sup>76</sup> *Convenio sobre aviación civil internacional*, "Normas y métodos recomendados internacionales" *Facilitación*, Anexo 9, Organización de la Aviación Civil Internacional. 10ª ed., abril de 1997 (actualitzat fins a esmena 17, aplicable a partir de 4 de novembre de 1999), apartat E "Custodia y cuidado de pasajeros, tripulantes y de su equipaje", B. *Inspección y control de las personas*, § 3.39.

<sup>77</sup> *Ibidem*, § 3.45.1.

en l'estat de destí<sup>78</sup>. Les sancions als transportistes, per tant, no haurien d'aplicar-se immediatament perquè una persona no sigui admesa a entrar al territori, sinó només quan les empreses actuen negligentment<sup>79</sup>. De la mateixa manera, si les empreses de transport han fet comprovacions per establir que les persones transportades tenien els documents que, en principi, els habilitaven a entrar en el país, no podran ser sancionades perquè l'administració, en l'exercici del seu poder discrecional no admeti la persona en el seu territori<sup>80</sup>.

El Conveni de l'OACI cerca establir un equilibri entre els interessos legítims dels estats de lluitar contra la immigració il·legal i els interessos comercials, també, legítims de les empreses de transport. En el Conveni de Schengen i les directives comunitàries, però, no es preveu expressament que els estats membres hagin de tenir en compte aquest equilibri, i sancionar únicament actuacions negligents. L'aplicació que en fan els tribunals, d'altra banda, no garanteix sempre una interpretació favorable a aquesta posició<sup>81</sup>.

Les obligacions i les sancions imposades als transportistes, si no es preveuen cauteles adequades, poden malmetre el dret dels demandants d'asil de cercar protecció fora del lloc d'origen. Així ho han manifestat, per exemple, el Parlament Europeu o Amnistia Internacional. El Parlament Europeu va considerar en una resolució de 18 de juny de 1987, que el requisit del visat podia equivaler a *prohibir l'exercici del dret d'asil*, i que la imposició de sancions als transportistes comportava violacions del Dret de l'asil i el refugi<sup>82</sup>. Segons el Parlament europeu, els demandants d'asil tenen dret de *presentar la*

---

<sup>78</sup> *Ibidem*, § 3.41. També s'estableix que quan els explotadors hagin pres les precaucions mencionades a 3.39 però, no obstant, no sigui admès el passatger per problemes de documentació que superin la capacitat de l'explotador o per raons diferents a documentació indeguda, no hauria de fer-se directament responsable a l'explotador de les despeses relacionades amb la retenció oficial de passatger (§3.43).

<sup>79</sup> Així ho considera el Parlament Europeu, *Resolución sobre la entrada en vigor de los Acuerdos de Schengen*, de 19 de noviembre de 1992, DOCE de 21 de diciembre de 1992, N° C 337/214-218, §12, pàg. 217; *Resolución sobre la armonización, dentro de las Comunidades Europeas, de la legislación y las políticas en materia de asilo*, de 18 de noviembre de 1992, DOCE de 21 de diciembre de 1992, N° C 337/97-102, §17, pàg. 101; *Informe de la Comisión de Libertades Públicas y Asuntos Interiores sobre la armonización dentro de las Comunidades Europeas, de la legislación y las políticas en materia de asilo*, de 5 de noviembre de 1992 Cooney (ponent), de 5 de noviembre de 1992, A3-0337/92/Part B, PE 201.540/A/def., pàgs. 4-5; *Resolución sobre los principios generales de una política europea sobre refugiados*, de 19 de gener de 1994, DOCE de 14 de febrer de 1994, N° 44/106-110, §11, pàg. 108.

<sup>80</sup> Enrique Mapelli, "La inadmisión del extranjero en el Acuerdo de Schengen. Gravamen a las compañías aéreas", *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, vol. 13, 1997, pàg. 417.

<sup>81</sup> Per exemple, Conseil d'Etat (Fr), decisió de 23 de novembre de 2001, afer *Compagnie nationale Air France*, núm. 195550, RFDA, núm. 1, 2002, pàgs. 188-189. En aquest afer *Air France* invocava el Conveni de l'OACI per impugnar una multa de 5.000 francs (ja s'havia rebaixat en apel·lació la multa inicial de 10.000 francs, la màxima prevista a la normativa interna en aquells moments) que se li va imposar per haver dut al territori francès una persona amb un document d'entrada que va resultar ser fals. El *Conseil d'Etat* va decidir que tenint en compte que la fotografia que constava en el document no es corresponia amb la fisonomia de la persona, que el document era fals, i que la companyia de transport no podia pretendre que el document *no comportava un element d'irregularitat manifesta*.

<sup>82</sup> PE, *Resolución sobre la política de asilo contraria a los derechos humanos que practican algunos Estados miembros*, de 18 de juny de 1987, DOCE de 20 de juliol de 1987, N° C 190/105-106.

*seva sol·licitud d'asil en condicions raonables davant d'un estat membre, per a que pugui tenir-hi lloc un procediment d'acord amb les exigències de l'Estat de dret*<sup>83</sup>. Per a Amnistia Internacional, l'aplicació de mesures d'exigència de visats, de sancions als transportistes i qualsevol altra mesura que restringeix l'entrada en el país, requereix que es garanteixi que no s'impedirà als demandants d'asil l'accés a un procediment en el país<sup>84</sup>.

El Conveni sobre Aviació Civil Internacional preveu que res de la disposició que preveu que les persones no admissibles seran transferides a l'exploador per a la seva devolució

*haurà d'interpretar-se en el sentit de permetre el retorn d'una persona que cerqui asil en el territori d'un estat contractant a un país on la seva vida o la seva llibertat poguessin veure's amenaçades per raó de la seva raça, religió o nacionalitat, de la seva pertinença a un determinat grup social o de les seves opinions polítiques*<sup>85</sup>

En el Conveni d'aplicació Schengen, tant el mandat als estats per a que prevegin l'obligació dels transportistes de fer-se càrrec de les persones no admeses, com el que preveu la regulació de sancions, estan precedides de l'expressió *sens perjudici dels compromisos que resulten de la seva adhesió a la Convenció de Ginebra de 28 de juliol de 1951 relativa a l'estatut dels refugiats, modificada pel Protocol de Nova York de 31 de gener de 1967*.

332. La Directiva 2001/51/CE, també preveu aquesta cautela en el preàmbul, però, en canvi, en la versió en què va ser aprovada finalment, s'estableix que les sancions previstes s'aplicaran *sens perjudici de les obligacions de cada estat membre en cas que un nacional d'un tercer país busqui protecció internacional*<sup>86</sup>. Una interpretació literal de la disposició condueix a que un estat del sistema Schengen podria aplicar una sanció a una companya de transport si un demandant d'asil és tramès a un altre estat, d'acord amb els criteris de Dublín o, fins i tot, quan el demandant d'asil sigui admès únicament a títol provisional en zona d'espera, o d'altra forma, sense que això es consideri *entrada* en el territori.

---

<sup>83</sup> *Ibidem*. També en aquest sentit crític, PE, *Resolució sobre la firma del Acuerdo adicional de Schengen*, de 23 de novembre de 1989, DOCE de 27 de desembre de 1989, N° C 323/98-99; *Resolució sobre la llibre circulació de persones en el mercat interior*, de 15 de març de 1990, DOCE de 17 d'abril de 1990, N° C 96/274-275; *Resolució sobre el Acuerdo de Schengen y el Convenio relativo al derecho de asilo y al estatuto de los refugiados del Grupo ad hoc sobre inmigración*, de 14 de juny de 1990, DOCE de 16 de juliol de 1990, N° C 175/170-172. Comentant aquestes qüestions, Christine Schreiner, "Le droit d'asile et la Communauté Économique Européenne", *Les Annales de Clermont-Ferrand*, vols. 27/28, 1991-1992, pàgs. 436-437.

<sup>84</sup> Amnesty International, *Harmonisation de la politique d'asile en Europe-Préoccupations d'Amnesty International*, AI Index POL 33/03/90, abril de 1990, pàg. 20.

<sup>85</sup> *Convenio sobre aviación civil internacional*, apartat E "Custodia y cuidado de pasajeros, tripulantes y de su equipaje", B. *Inspección y control de las personas*, § 3.44. Nota 2.

<sup>86</sup> Article 4.2 de la Directiva 2001/51/CE.

A la proposta presentada per la República francesa, que va tenir la iniciativa de la directiva, la cautela en el cas dels demandants d'asil era molt més ferma, ja que s'establia en el preàmbul que resultava *fonamental* que l'existència del sistema *no perjudiqui l'exercici del dret d'asil*; i que, per això, era important que els estats no apliquessin les sancions previstes quan *el nacional del tercer país és admès en el seu territori a efectes d'asil*<sup>87</sup>.

El Parlament europeu, amb bon criteri, va esmenar aquesta disposició fent-la coherent amb les obligacions dels estats respecte del Dret d'asil i el refugi, i tenint també en compte que cal establir un just equilibri entre els interessos dels estats de lluitar contra la immigració il·legal i el interessos dels demandants d'asil tot respectant la normativa internacional. El Parlament Europeu, a través d'esmenes que no es van acceptar, establia que els estats no aplicarien les sancions quan *el nacional d'un tercer país sol·licita asil immediatament després d'arribar al seu territori; quan a la persona transportada se li ha concedit l'estatut de refugiat o una autorització de permanència amb una forma de protecció subsidiària; o quan la persona sigui admesa al procediment de determinació d'asil*<sup>88</sup>. La justificació que el PE va exposar en el seu informe sobre aquestes esmenes resumeix de forma precisa la tensió entre les sancions als transportistes i el respecte estricte de les disposicions relatives a l'asil:

*Per tal de salvaguardar la institució de l'asil, és necessari eximir de sanció als transportistes que traslladin a estrangers si aquests sol·liciten asil després d'arribar al territori, malgrat que la sol·licitud sigui posteriorment refusada. Si s'obliga als transportistes a examinar els motius del sol·licitant d'asil es produeix una vulneració dels drets d'aquest, i una substitució indeguda del paper que juguen els estats en el procediment d'asil, perquè només a ells correspon l'examen de les sol·licituds d'asil.*

*Respecte de les sol·licituds d'asil manifestament infundades realitzades per estrangers que es traslladen sense la corresponent documentació, els estats poden establir altres mecanismes per al seu control que no suposin traslladar les responsabilitats d'un examen previ dels motius de la sol·licitud als transportistes.*

*No es pot pretendre que el personal de transports decideixi sobre la validesa d'una sol·licitud de protecció per part d'un passatger. Tenint en compte la durada dels procediments, un transportista podria esperar anys que se li reemborsés una multa ja pagada. És més justa l'exoneració que el reembossament tant per als transportistes com per als sol·licitants i pot ser que també exerceixi certa pressió per que les administracions adoptin decisions més ràpidament.*

---

<sup>87</sup> Paràgraf 2 del preàmbul i article 4.3 de la *Iniciativa de la República Francesa con vistas a la adopció de una Directiva del Consejo relativa a la armonización de las sanciones pecuniarias impuestas a los transportistas que trasladan al territorio de los Estados miembros a nacionales de terceros países desprovistos de los documentos necesarios para su admisión (2000/C 269/06), DOCE 20.9.2000, N° C 269/8-9.*

<sup>88</sup> PE, *Informe sobre la iniciativa de la República Francesa con vistas a la adopció de la Directiva del Consejo relativa a la armonización de las sanciones impuestas a los transportistas que trasladan al territorio de los Estados miembros a nacionales de países terceros desprovistos de los documentos necesarios para su admisión (14074/2000-C5-0005/2001-2000/0822 (CNS))*; Timothy Kikhope (ponent), PE 294.263, A5-0069/2001, 27 de febrer de 2001. pàg. 8/12.

*Confrontat amb un possible sol·licitant d'asil amb documentació inadequada, el transportista preferirà pecar de cautelós i es negarà a transportar a aquesta persona, cosa que, a la pràctica, equival al refús del possible sol·licitant d'asil*<sup>89</sup>.

## B. L'ADMISSIÓ DELS REFUGIATS QUE DEMANEN ASIL EN EL TERRITORI DE LA UNIÓ EUROPEA: DEL CONVENI DE DUBLÍN AL REGLAMENT ANOMENAT *DUBLÍN II*

333. Els estats membres de la Unió Europea han previst un mecanisme pel qual distribueixen entre ells els demandants d'asil en funció de criteris relatius a la participació que tinguin en la presència d'aquests en el territori comú. Aquest sistema, però, només preveu la distribució de l'obligació d'acollir i examinar les demandes d'asil de les persones que basen la petició de protecció en la qualitat de refugiats<sup>90</sup>.

Establir quin és l'estat *responsable* de fer-se càrrec d'un demandant d'asil present a la Unió i si els criteris que s'utilitzen porten a solucions legítimes esdevé determinant per a l'accés dels demandants d'asil a un estat d'acollida, ja que només l'estat *responsable* estarà obligat a admetre el demandant d'asil en el seu territori, i qualsevol altre estat podrà refusar-lo cap a ell, sense fer un examen substantiu de la sol·licitud de protecció<sup>91</sup>.

334. LES CRÍTQUES FORMULADES AL PROCÉS INTERGOVERNAMENTAL. La creació *Grup ad hoc immigració* i, posteriorment, la institucionalització d'un *grup de coordinadors* especials per a la lliure circulació de les persones l'any 1989 va confirmar l'opció per un mètode alternatiu intergovernamental per a la realització de les condicions necessàries de l'establiment d'un mercat interior<sup>92</sup>. En aquest marc de cooperació, l'anomenat *Document de Palma* aprovat pel Consell europeu de Madrid de juny de 1989, va adoptar una aproximació *pragmàtica*, i es van definir els àmbits d'acció prioritaris, el mètode que s'empraria, i les instàncies encarregades d'elaborar proposicions concretes. En l'àmbit de

---

<sup>89</sup> *Ibidem*.

<sup>90</sup> L'article 2 del reglament Dublin II defineix com a demanda d'asil *la sol·licitud presentada per un nacional d'un tercer país que pugui entendre's com una petició de la protecció internacional d'un estat membre en el sentit de la Convenció de Ginebra. Reglamento (CE) N° 343/2003 del Consejo de 18 de febrero de 2003 por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país, DOUE* de 25 de febrer de 2003, N° L 50/2.

<sup>91</sup> Això ha fet que s'hagi considerat que, en general, les mesures d'harmonització dels estats *han estat un esforç concertat per tallar les ales a la Convenció de Ginebra a la UE y i per reinstaurar les potestats governamentals i intergovernamentals sobre admissió de refugiats*; Danièle Joly, "Asilo europeo y convergencia global. El refugiado: Héroe antaño, paria hogaño", Cristina Blanco F. de Valderrama (ed.), *Migraciones. Nuevas movilidades en un mundo en movimiento*, Barcelona: Anthropos, 2006, pàg. 134.

<sup>92</sup> M<sup>a</sup> Isabel Lirola Delgado, *Libre Circulación de Personas y Unión Europea*, Madrid: Civitas, 1994, pàgs. 201-207.

l'asil, s'atribuïa la tasca preparatòria al Grup *ad hoc* Immigració; i, finalment, a proposta seva, el 15 de juny de 1990, es va adoptar a Dublín el *Conveni relatiu a la determinació de l'estat responsable de l'examen de les sol·licituds d'asil presentades en els estats membres de les Comunitats europees*. El Conveni de Dublín reprenia amb molt pocs canvis la part que el Conveni d'aplicació Schengen va dedicar a aquest mateix tema<sup>93</sup>.

Si bé tant el Conveni de Dublín com els acords de Schengen es presentaven com a la solució per a la creació d'un espai de lliure circulació amb un nivell alt de seguretat a l'interior dels estats, no resultava tant clar que no suposessin alhora una minva dels drets individuals de les persones, i de la protecció dels drets humans. Per això, ja en la fase de preparació del Conveni de Schengen de 1990 i del Conveni de Dublín, es van manifestar les primeres reaccions i crítiques per part d'algunes instàncies parlamentàries internes i internacionals, i d'organitzacions no governamentals. Les crítiques es referien tant al mètode intergovernamental envoltat d'un secretisme considerat intolerable per tractar de qüestions lligades a la protecció de drets i a l'estatut de les persones, com al contingut dels acords<sup>94</sup>. El misteri que envoltava les negociacions feia que la percepció general que es tenia era que, a costa de les tradicions liberals i d'asil dels estats europeus s'estava construint legalment i política una *fortalesa europea*<sup>95</sup>.

En aquest sentit, per exemple, l'Assemblea Parlamentària del Consell d'Europa va expressar crítiques respecte de l'evolució de les concertacions en matèria d'asil a la Recomanació 1088 (1988) *relativa al dret d'asil territorial*; va recordar que la concessió d'asil és un *acte humanitari* basat en els drets humans; i va advertir del perill que la restricció dels sistemes d'asil en els estats europeus podia suposar<sup>96</sup>.

El Parlament europeu també es va pronunciar en diverses ocasions sobre el procés de cooperació intergovernamental endegat i el fet que s'hi tractessin qüestions relatives a l'asil, a la Resolució *sobre els problemes del dret d'asil*, de 12 de març de 1987<sup>97</sup>, o a la

---

<sup>93</sup> El Conveni de Schengen va ser adoptat formalment quatre dies més tard, el 19 de juny del mateix any. El procés d'unificació alemanya, que suposava la redifinició dels límits territorials de l'espai Schengen, va provocar que la signatura del Conveni, que estava prevista per al 15 de desembre de 1989, s'ajornés fins el 19 de juny de 1990. L'elaboració del Conveni de Schengen va passar per alguns altres moments crítics, com ho exposa Francisco Javier Rubio de Urquía, "El acuerdo de Schengen y su Convenio de aplicación", *Boletín ICE (Información Comercial Española) Económico*, núm. 2289, 1991, pàg. 2475.

<sup>94</sup> Christian Bruschi, "Le droit d'asile: l'Europe a l'heure des choix", *loc. cit.*, pàgs. 57-64.

<sup>95</sup> Kay Hailbronner, "The Right to Asylum and the Future of Asylum Procedures in the European Community", *IJRL*, vol. 2, núm. 3, 1990, pàg. 351; Danièle Joly, "Le Droit d'Asile dans la Communauté Européenne", *IJRL*, vol. 1, núm. 3, 1989, pàg. 375; Jean Rossetto, "Le droit d'asile en Europe: évolution contemporaine", *AFDI*, vol. XXXIX, 1993, pàg. 922. Sobre la devaluació de les garanties per la gestió intergovernamental, Virginie Guiraudon, "European Integration Policy: Vertical Policy-making as Venue Shopping", *JCMS*, vol. 38, núm. 2, 2000, pàgs. 251-271.

<sup>96</sup> Recomanació 1088 (1988) *relativa al dret d'asil territorial*, adoptada el 7 d'octubre de 1988, *YECHRACEDH*, vol. 31, 1988, pàgs. 242-244.

<sup>97</sup> 1. (...) a) *les disposicions en matèria de visats no han d'impedir o limitar les possibilitats de que els perseguits trobin recer*; b) *les autoritats de fronteres, d'immigració i d'estrangers han de sotmetre's al principi de no expulsió, no devolució i, sobretot, evitar tot tipus de discriminació dels sol·licitants d'asil espontanis (que no disposen de visat)(...)*; h) *resulta important distingir entre el país de la primera*

Resolució sobre la política d'asil contrària als drets humans que practiquen alguns Estats membres, de 18 de juny de 1987<sup>98</sup>.

Algunes organitzacions no governamentals van criticar l'adopció de compromisos entre els estats Schengen, i per part del Grup *ad hoc* immigració, pels riscos que podien comportar per a la protecció dels drets humans i les llibertats fonamentals. En aquest sentit es van pronunciar Amnistia Internacional, la *Commission de sauvegarde du droit d'asile*, el *Groupe de travail des Églises européennes sur l'asile et les réfugiés* (GTEEAR), i el conjunt d'ONG dotades d'estatut consultiu al Consell d'Europa<sup>99</sup>.

335. COMPATIBILITAT ENTRE EL SISTEMA DUBLÍN I EL PROCÉS DE COOPERACIÓ SCHENGEN. Com que tota la dinàmica creada pels Acords de Schengen sempre es va considerar que depenia<sup>100</sup> i es subordinava<sup>101</sup> al sistema jurídic comunitari, l'entrada en vigor del Conveni de Dublín, l'1 de setembre de 1997 va fer que es substituïssin les disposicions del Capítol 7 del Títol II del Conveni de Schengen, així com les definicions de l'article 1 relatives a

---

*entrada i el país d'asil, ja que haurà de permetre's al sol·licitant d'asil elegir lliurement el seu país d'asil dins de la Comunitat europea, i la concessió del dret d'asil és competència exclusiva d'aquest país; els procediments nacionals en matèria d'asil hauran de ser objecte, en aquest sentit, d'una harmonització comunitària.* PE, Resolució sobre los problemas del derecho de asilo, 12 de març de 1987, DOCE de 13 d'abril de 1987, N° C 99/170.

<sup>98</sup> Parlament europeu, Resolució sobre la política de asilo contraria a los derechos humanos que practican algunos Estados miembros, de 18 de juny de 1987, DOCE de 20 de juliol de 1987, N° C 190/105-106.

<sup>99</sup> En conjunt, les qüestions que eren objecte de comentari per part d'aquests actors eren principalment: (1) la manca de transparència dels processos endegats i la necessitat d'un debat públic sobre el contingut dels acords; (2) les condicions d'entrada en el territori dels estats parts en els acords. Es considerava que la no disposició d'un visat o d'altres documents no podia impedir el tractament d'una demanda d'asil, ni conduir a *refoulement*; (3) la responsabilitat dels transportistes, i el risc que s'impedís la sortida del propi país de persones perseguides i amb necessitat de protecció; (4) la impossibilitat d'escollir un país d'asil en un context en què els exàmens de les sol·licituds en els estats no eren uniformes; (5) les llistes de persones de no admissibles o indesitjables; (7) el risc de *refoulement* en el cas de demandants d'asil a qui era refusada la sol·licitud de protecció; i (8) el SIS, i l'intercanvi previst d'informacions, perillós per a la preservació dels drets i les llibertats individuals, especialment, en el cas dels demandants d'asil. Christian Bruschi, "Le droit d'asile: l'Europe a l'heure des choix", *loc. cit.*, pàgs. 61-64.

<sup>100</sup> La dependència del sistema Schengen dels objectius de l'ordenament jurídic comunitari s'expressava, en primer lloc, en els preàmbuls dels dos tractats, en els paràgrafs 2 i 5 del preàmbul de l'Acord de Schengen, i en els paràgrafs 4 i 5 del preàmbul del Conveni de Schengen. En segon lloc, a l'article 1§6 del Conveni, en la definició de noció d'*estranjer* com *tota persona que no sigui nacional dels estats membres de les Comunitats europees*. I, finalment, a l'article 140 del Conveni, on es preveia que només els estats membres de les Comunitats europees podien adherir al Conveni. D'altra banda cal tenir en compte que una eventual aplicació del Conveni Schengen que *de fet* significués un tracte diferent entre nacionals d'estats parts i nacionals d'estats comunitaris no parts hauria suposat una violació de la regla de no discriminació proclamada pel TJCE com a principi *general* o *fonamental*, per exemple, a les sentències de 21.6.1974, assumpte *Reyners c. Bèlgica*, núm. 2/74, §24; de 12.2.1974, assumpte *Sotgiu*, núm. 152/73, §4; de 14.7.1977, assumpte *Sagulo*, núm. 8/77, §11; i de 3.7.1986, assumpte *Lawrie-Blum*, núm. 66/85, §26.

<sup>101</sup> Article 134 i 142 del Conveni d'aplicació. Serge A. Bonnefoi, *Europe et sécurité intérieure. TREVI-Union européenne-Schengen*, Paris: Delmas, 1995, pàgs. 83-84.



*demanda d'asil, demandant d'asil, i tractament d'una demanda d'asil*<sup>102</sup> per les previsions de Dublín. L'opció escollida va primar el evitar conflictes en l'aplicació dels dos tractats, coherentment amb la idea que el sistema normatiu creat a partir dels Acords de Schengen estava destinat a ser un *model* o assaig de la realització dels objectius al cap i a la fi comunitaris, per part de la Comunitat<sup>103</sup>, i no un *enclavament* o un *obstacle* a la integració europea<sup>104</sup>. Les normes creades a partir del Conveni d'aplicació es concebien com a formant part d'un conjunt *subsidiari*<sup>105</sup> de l'ordenament jurídic comunitari, que havia de ser *substituit* per aquest<sup>106</sup>, i que, per tant, naixien amb una certa *vocació de temporalitat*<sup>107</sup>.

L'aplicació subsidiària i la compatibilitat dels acords de Schengen respecte del sistema jurídic comunitari ja estava prevista pel Conveni d'aplicació Schengen, on s'ordenava la preferència comunitària, i s'establia una estreta relació amb aquest sistema quant al marc geogràfic d'aplicació, així com també a la no discriminació entre ciutadans comunitaris<sup>108</sup>.

El dret d'asil, com d'altres qüestions, no era tractat com a un objecte autònom de regulació, sinó només en la mesura que podia afectar la realització efectiva de l'objectiu de la lliure circulació de persones a l'interior del mercat interior. Per això, algunes de les qüestions abordades pertanyien a l'àmbit competencial de les Comunitats europees i, d'altres, a l'esfera de *l'exclusiva responsabilitat dels estats membres*<sup>109</sup>, sense que apriorísticament fos possible desllindar les unes de les altres.

---

<sup>102</sup> Segons un protocol signat per tots els estats parts al Conveni Schengen de 26 d'abril de 1994, publicat a França mitjançant decret D. n° 97-912, de 30 de setembre de 1997, al *JORF* de 7 d'octubre de 1997, pàg. 14509. Nicole Guimezanes, "Aperçu rapide sur l'entrée en vigueur de la Convention de Dublin du 15 juin 1990 (D. n° 97-911, 30 sept. 1997)", *La Semaine Juridique. Édition générale*, N° 44, 29 octubre 1997 (*Actualités*).

<sup>103</sup> David O'Keeffe, "The emergence of a European Immigration Policy", *loc. cit.*, pàg. 23.

<sup>104</sup> Hubert Blanc, "Schengen: le chemin de la libre circulation en Europe", *RMC*, núm. 351, 1991, pàg. 723; Marc Fischbach, "La politique de Schengen", Alexis Pauly (ed.), *Les accords de Schengen: Abolition des frontières intérieures ou menace pour les libertés publiques?*, Maastricht: Institut européen d'administration publique, 1993, pàg. 1; Patricia Jiménez de Parga Maseda, "Reflexiones sobre la puesta en aplicación «en su totalidad», el 26 de marzo de 1995, del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 19 de junio de 1990", *loc. cit.*, pàg. 918; Kay Hailbronner, "The Right to Asylum and the Future of Asylum Procedures in the European Community", *loc. cit.*, pàg. 351. Defensant una posició contrària, Luc Chocheyras, "Les Accords de Schengen", *loc. cit.*, pàg. 144.

<sup>105</sup> Jean Rossetto, "Le droit d'asile en Europe: évolution contemporaine", *loc. cit.*, pàg. 921.

<sup>106</sup> Articles 134 i 142.1 del Conveni d'aplicació Schengen. En el sentit esmentat, Hubert Blanc, "Schengen: le chemin de la libre circulation en Europe", *loc. cit.*, pàg. 723.

<sup>107</sup> Francisco Javier Rubio de Urquía, "El acuerdo de Schengen y su convenio de aplicación", *loc. cit.*, pàg. 2477.

<sup>108</sup> En aquest sentit, a més, el Conveni d'aplicació Schengen es configurava expressament com a un acord internacional multilateral, *restringit i tancat*, en el que només els estats membres de les Comunitats europees, poden ser parts contractants (article 140 del Conveni d'aplicació de Schengen).

<sup>109</sup> Si bien es cierto que los Estados miembros, en el marco de su régimen de policía de extranjeros y por lo que respecta a los trabajadores nacionales de terceros países, pueden adoptar, bien sea mediante la promulgación de normas internas o por medio de la negociación de instrumentos internacionales, medidas inspiradas en consideraciones de orden público, de seguridad pública y de salud pública, y que, por tratar

336. EL CONVENI DE DUBLÍN: BALANÇ. El Conveni de Dublín de 1990 establí uns criteris per repartir la funció d'examinar demandes d'asil entre les estats membres basant-se en les regles devolució al *primer país d'asil* o al *tercer estat segur* que alguns estats havien anat incorporant en les seves legislacions nacionals, i designaven com a estat *responsable*, l'estat que més havia contribuït per acció o omissió en l'entrada o presència de l'estranger demandant d'asil en el territori comú<sup>110</sup>. El Conveni es va presentar com a una solució al problema dels demandants d'asil *en òrbita* que, precisament, es devia a l'aplicació indiscriminada de les nocions d'*estat segur* i a les trameses successives i il·limitades cap a altres estats dels demandants d'asil però, aquest objectiu, com es veurà més endavant, només va ser assolit limitadament. Els estats membres, segons el sistema, després que un estat hagués examinat i refusat una demanda de protecció, podien refusar una altra sol·licitud de protecció presentada per la mateixa persona basant-se en la primera decisió de refús, que passava a tenir, efectes extraterritorials. Això va afavorir que els estats restringissin cada cop més les possibilitats d'obtenir asil en els seus territoris, amb la intenció de fer-se menys atractius que la resta per provar de trobar-hi asil per primer cop<sup>111</sup>.

La comunitarització relativa dels àmbits d'interès comú com l'asil amb el Tractat d'Amsterdam va empènyer la revisió del Conveni de Dublín, i la seva substitució per un reglament comunitari. El balanç que es va fer del sistema de Dublín en vistes d'aquest canvi normatiu no va ser però, gaire positiu.

Diversos estudis fets per la Comissió Europea i pel *Danish Refugee Council* l'any 2001, van posar de manifest que el sistema posat en funcionament pel Conveni de Dublín presentava força problemes i no suposava una millora significativa de la problemàtica dels demandants d'asil. Entre aquests problemes destacaven, en primer lloc, quantitativament, l'escàs nombre de demandants d'asil que quedaven afectats pel sistema (segons la Comissió, amb dades de 1998-1999, només el 6% de les demandes d'asil van portar a una petició de transferència, de les quals, el 69,8% es van acceptar, però el 2001 només se n'havien van executat el 27,8%, és dir que només un 1,7% de les demandes d'asil d'aquells anys van ser transferides); en segon lloc, qualitativament, el desequilibri entre els estats membres pel que fa a les transferències (per exemple, el Regne Unit només va rebre 130 demandes de prendre a càrrec demandants però va demanar transferències en 4.856

---

de estas materias, son de su exclusiva responsabilidad (...) TJCE, sentència de 9 de juliol de 1987, assumpte *República Federal de Alemania y otros c. Comisión de las Comunidades Europeas*, núms. 281, 283 a 285 i 287/85, §25.

<sup>110</sup> Patrick Stéfani i Frédérique Doublet, "Le droit d'asile en Europe: la Convention relative à la détermination de l'état responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée auprès d'un état membre des communautés européennes", *RMC*, núm. 347, 1991, pàg. 397; Philippe Weckel, "La Convention additionnelle à l'Accord de Schengen", *RGDIP*, núm. 2, 1991, pàg. 410. En aquest sentit es diu que el Conveni de Dublín està construït damunt d'un principi bàsic, el *principi de l'autorització* a entrar. Morten Kjaerum, "The Concept of Country of First Asylum", *IJRL*, vol. 4, núm. 4, 1992, pàg. 526.

<sup>111</sup> Kerry E. McCarron, "The Schengen Convention as a Violation of International Law and the Need for Centralized Adjudication on the Validity of National and Multilateral Asylum Policies for Members of the United Nations", *Immigration and Nationality Law Review*, vol. 17, 1995-1996, pàgs. 293-295.

casos, mentre que la Rep. Federal d'Alemanya va rebre 17.053 demandes de retorn i va demanar transferències en 6.882 casos); i, en tercer lloc, la inoperativitat de les mesures relatives a la unitat familiar i a les raons culturals per seleccionar un estat d'asil<sup>112</sup>. En definitiva, es considera que, malgrat els fonaments de confiança mútua entre els estats que són a la base del sistema, aquest ha estat presidit en el seu funcionament real per una *atmosfera de mútua desconfiança* que l'ha fet fracassar relativament<sup>113</sup>.

1. El reglament *Dublín II*. Els criteris per a la distribució dels demandants d'asil entre els estats membres o la *responsabilitat* per les entrades il·legals en el territori

337. La norma que va substituir el Conveni de Dublín de 1991 després de la comunitarització de la base jurídica relativa a l'asil feta pel Tractat d'Amsterdam va ser el Reglament (CE) núm. 343/2003 del Consell *pel qual s'estableixen els criteris i mecanismes de determinació de l'Estat membre responsable de l'examen d'una sol·licitud d'asil presentada en un dels estats membres per part d'un nacional d'un tercer país*, conegut com a reglament *Dublín II*<sup>114</sup>.

En el reglament es confirmen els principis en què es basava el Conveni de Dublín, com que l'estat responsable és el que més ha participat (per acció o omissió) en la presència del demandant d'asil en el territori comú, i també es parteix de la base que els estats membres de la Unió Europea són *països segurs* per als nacionals de tercers estats<sup>115</sup>. També es conserva la terminologia equívoca del Conveni, que ja provenia de la convenció Schengen, sobre *responsabilitat*, que no es refereix a la comissió d'actes

---

<sup>112</sup> Les dades i els documents citats són a Michael Collyer, "The Dublin Regulation, Influences on Asylum Destinations and the Exception of Algerians in the UK", *JRS*, vol. 17, núm. 4, 2004, pàgs. 379-380.

<sup>113</sup> Agnès Hurwitz, "The Dublin Convention: A Comprehensive Assessment", *IJRL*, vol. 11, núm. 4, 1999, pàg. 675.

<sup>114</sup> *Reglamento (CE) N° 343/2003 del Consejo de 18 de febrero de 2003 por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país*, DOUE de 25 de febrer de 2003, N° L 50/3. El Regne Unit i Irlanda van notificar el 30 d'octubre de 2001 la seva intenció de participar a l'adopció i aplicació del reglament, tal com s'assenyala a les versions lingüístiques francesa o anglesa del reglament (a la versió espanyola només es fa menció erròniament de la participació del Regne Unit), Dinamarca no hi participa i, per tant, continua vinculada pel Conveni de Dublín, fins que no es celebri un acord que permeti la participació de Dinamarca en el reglament. Islàndia i Noruega, vinculats per les disposicions del Conveni de Dublín d'acord amb el *Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República de Islandia y el Reino de Noruega relativo a los criterios y mecanismos para determinar el Estado miembro responsable de examinar las peticiones de asilo presentadas en un Estado miembro o en Islandia o Noruega*, annex a la Decisió del Consell de 15 de març de 2001, DOCE de 3 de març de 2001, N° L 93/38-47; que va entrar en vigor l'1 d'abril de 2001, DOCE de 21 d'abril de 2001, N° L 112/16; haurien incorporat com a dret internacional el contingut del reglament *Dublín II* en els seus ordenaments interns, d'acord amb l'article 4 de l'acord.

<sup>115</sup> Paràgrafs 5 i 4 del preàmbul del Reglament *Dublín II*.

il·lícits per part dels estats d'acollida (tema analitzat en el Capítol IV), sinó que únicament s'empra en el sentit d'atribució d'una funció a partir d'uns criteris relatius les accions o omissions dels estats. Parlar de *responsabilitat* d'examinar una demanda d'asil presentada en el territori d'un dels estats membres de la Unió evoca, malgrat tot, la idea que els estats han comès actes contraris als objectius europeus de tancament de les fronteres exteriors i converteix els demandants d'asil en objectes causants de conseqüències no volgudes en el marc de la Unió. L'expressió *responsabilitat* per definir l'obligació d'exercir la funció d'examinar una demanda d'asil expressa més que qualsevol altre noció la preponderància de la perspectiva de la seguretat en el marc de la realització de l'Espai de Llibertat, *Seguretat* i Justícia.

Malgrat basar-se en els mateixos principis i objectius, tenint en compte les disfuncionalitats del Conveni, el reglament comporta alguns canvis. Aquests consisteixen, bàsicament, en el reforçament del principi de la preservació de la unitat familiar en els criteris d'atribució de responsabilitat; en l'escurçament i agilització dels tràmits per tal de fer compatibles la *determinació ràpida de l'estat responsable* i la garantia de l'*accés efectiu* als procediments d'asil<sup>116</sup>; i en la promoció de la cooperació administrativa entre els estats. Per al desenvolupament d'aquesta cooperació, el setembre de 2003, la Comissió va adoptar un reglament d'execució on es preveuen els procediments aplicables en les peticions d'assumpció de responsabilitat i en l'execució del trasllat, algunes regles per a l'aplicació de la clàusula humanitària, que inclou un procediment de conciliació, i l'establiment de la xarxa *DubliNet* per a la transmissió electrònica segura de dades<sup>117</sup>.

338. Els criteris per a la determinació de qui ha de fer-se càrrec d'un demandant d'asil i d'examinar la seva sol·licitud de protecció són objectius, estan ordenats jeràrquicament, es basen en l'anomenat *autorisation principle*<sup>118</sup>, i s'aplicaran tenint en compte la situació existent en el moment que es presenta per primer cop una demanda d'asil. Els criteris són els següents, ordenats segons la preferència del primer a l'últim:

1. El primer criteri és el de la unitat familiar:
  - a. si un membre de la família del demandant (cònjuge o parella de fet si l'estat dóna als dos un tractament comparable, fills menors no casats i dependents, i pare, mare o tutor si el sol·licitant és menor no casat) està autoritzat a residir com a refugiat en un estat membre aquest estat serà responsable de la demanda d'asil, si l'interessat ho vol<sup>119</sup>;

---

<sup>116</sup> Paràgraf 4 del preàmbul del Reglament *Dublin II*.

<sup>117</sup> *Reglamento (CE) N° 1560/2003 de la Comisión de 2 de septiembre de 2003 por el que se establecen las disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 343/2003 del Consejo por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país*, DOUE de 5 de setembre de 2003, N° L 222/3-23.

<sup>118</sup> Agnès Hurwitz, "The Dublin Convention: A Comprehensive Assessment", *loc. cit.*, pàg. 648.

<sup>119</sup> Article 7 del Reglament *Dublin II*.

- b. si un membre de la família del demandant es troba en un altre estat membre com a demandant d'asil esperant una decisió sobre el fons, aquest estat serà responsable de la demanda d'asil, si l'interessat ho vol<sup>120</sup>.
2. El segon criteri és el de l'autorització de la residència:
- c. si el demandant d'asil es titular d'un document de residència vigent, l'estat membre que va lliurar aquest document serà el responsable de l'examen de la sol·licitud<sup>121</sup>;
- d. si el demandant d'asil és titular d'un visat vigent, l'estat membre que el va lliurar serà responsable de la sol·licitud, excepte si això es va fer en representació o amb l'autorització d'un altre estat membre; llavors, aquest darrer seria responsable<sup>122</sup>.
3. El tercer criteri és el de la negligència en el control fronterer o en l'estada il·legal:
- e. si es determina, per proves o indicis circumstancials que el demandant d'asil ha travessat la frontera d'un estat membre irregularment per via terrestre, marítima o aèria, procedent d'un tercer país, l'estat membre per on ha entrat serà el responsable, sempre que no hagin passat més de dotze mesos des de l'entrada il·legal<sup>123</sup>;
- f. si proves o indicis circumstancials determinen que un demandant d'asil ha entrar irregularment en el territori, però no es poden establir les circumstàncies de l'entrada, però ha viscut en un estat membre per un període continuat no inferior a 5 mesos, aquest estat membre serà responsable de la demanda d'asil<sup>124</sup>;
- g. si el demandant d'asil ha viscut per períodes no inferiors a 5 mesos en diferents estats membres, serà responsable l'estat on ha transcorregut el període més recent<sup>125</sup>.
4. El quart criteri és el de la permissibilitat en l'entrada en el territori;

---

<sup>120</sup> Article 8 del Reglament *Dublin II*.

<sup>121</sup> Article 9§1 del Reglament *Dublin II*.

<sup>122</sup> Article 9§2 del Reglament *Dublin II*. Si el demandant d'asil disposa de diferents documents de residència o visat, l'estat responsable serà el que hagi lliurat el document de residència que doni dret a residir per més temps, si són de validesa idèntica, l'estat que hagi lliurat el permís de residència que caduqui més tard; i el mateix en el cas dels visats. Si el demandant d'asil és titular d'un permís de residència caducat de fa menys de 2 anys, si efectivament li van permetre entrar en l'espai comú, s'aplicaran igualment les previsions anteriors, si el demandant no ha marxat d'aquest espai. Si és titular de visats caducats de fa més de 6 mesos, l'estat responsable serà aquell davant de les autoritats del qual s'hagi presentat la demanda d'asil (§ 3-4 de l'article 9).

<sup>123</sup> Article 10§1 del Reglament *Dublin II*.

<sup>124</sup> Article 10§2 del Reglament *Dublin II*.

<sup>125</sup> Article 10§3 del Reglament *Dublin II*.

- h. si un demandant d'asil entra en el territori d'un estat membre on se'l dispensa de l'obligació de visat, aquest estat membre serà responsable de l'examen de la sol·licitud<sup>126</sup>;
  - i. si un demandant d'asil entra en l'espai comú per un estat que el dispensa de l'obligació de visat i presenta la seva sol·licitud en un altre estat que també el dispensa d'aquesta obligació, l'estat responsable serà aquest darrer<sup>127</sup>.
5. El cinquè criteri és la regla de tancament del sistema. Per assegurar que, en qualsevol cas una demanda d'asil presentada en l'espai comú europeu serà examinada en un dels estats membres i eliminar la possibilitat que existeixin demandants d'asil *en òrbita*, s'estableix,
- j. en primer lloc, que si la sol·licitud d'asil és presentada a la zona de trànsit internacional d'un aeroport d'un estat membre per part d'un nacional d'un tercer país, la responsabilitat de l'examen de la sol·licitud recaurà en aquest estat membre<sup>128</sup>; i
  - k. en segon lloc, que si d'acord amb els criteris establerts no es pot determinar l'estat membre responsable, serà responsable de l'examen el primer estat membre on s'hagi presentat la sol·licitud d'asil<sup>129</sup>.

Finalment, s'estableix una *clàusula humanitària*, segons la qual, encara que no sigui responsable de l'examen d'una demanda d'asil, qualsevol estat membre *podrà reagrupar els membres d'una família així com altres familiars dependents, per raons humanitàries*, sempre que les persones implicades hi donin el seu consentiment<sup>130</sup>.

<sup>126</sup> Article 11§1 del Reglament *Dublín II*.

<sup>127</sup> Article 11§2 del Reglament *Dublín II*.

<sup>128</sup> Article 12 del Reglament *Dublín II*. Aparentment, aquest regla no té massa raó de ser, perquè, en tot cas, s'aplicaria la regla següent, segons la qual si no n'hi d'altre, és responsable l'estat davant de les autoritats del qual s'ha presentat una demanda d'asil. Malgrat això, l'existència d'aquesta regla s'explica perquè l'article 7 del Conveni de Dublín preveia que l'estat que autoritzava el pas sense visat per la zona de trànsit dels aeroports no es prenia en consideració com a estat responsable de l'entrada d'un estranger en territori comú, mentre els viatgers no sortissin de la zona de trànsit, però sí que serà responsable de les demandes que es presentin en aquesta zona.

<sup>129</sup> Article 13 del Reglament *Dublín II*.

<sup>130</sup> Article 15 del Reglament *Dublín II*. Aquesta clàusula, quan estava prevista a l'article 9 del Conveni de Dublín va ser utilitzada desigualment per part dels estats. En alguns casos la jurisprudència tendeix a no configurar-la com una expectativa legítima de les persones. A França, per exemple, a un algerià que havia obtingut un visat espanyol li va ser refusat l'examen de la seva demanda d'asil a França tot i que al·legava un lligam lingüístic i cultural amb aquest estat. Cour Administrative d'Appel de Marsella [3<sup>ème</sup> chambre] (Fr), 28 de setembre de 1998, *Chabni*, demanda n° MA 0296, *RFDA*, vol. 15, núm. 5, set.-oct. 1999, pàg. 1097. Al contrari d'aquest corrent, a Bèlgica una jurisprudència considerable ha acceptat arguments relatius a reagrupament familiar per tal d'excloure l'aplicació dels criteris sobre responsabilitat en el tractament de demandes d'asil. Sentències del Conseil d'Etat (B), de 8 de juny de 1998, *X c. Etat belge*, n° 74.163, *RDE*, núm. 98, 1998, pàgs. 219-220; de 15 de setembre de 1997, *X c. Etat belge*, n° 68.117, *RDE*, núm. 94, 1997, pàgs. 368-371; de 14 d'agost de 1997, *X c. Etat belge*, n° 67.710, *RDE*, núm. 94, 1997, pàgs. 363-368; i de 16 de maig de 1997, *Nyinawumuntu Thérèse c. Etat belge et CGRA*, n° 66.292, *RDE*, núm. 93, 1997, pàgs. 214-218. En contra, per manca de prova que els lligams familiars

339. L'OBLIGACIÓ DE FER-SE CÀRREC DEL DEMANDANT: L'ADMISSIÓ EN EL TERRITORI. En termes generals, l'estat *responsable* haurà de *fer-se càrrec* del sol·licitant d'asil, la qual cosa implica efectuar o acabar l'*examen* de la sol·licitud, i readmetre'l si mentre la seva demanda estava en curs de tramitació se'n va a un altre estat, o si en formula una altre en un altre estat<sup>131</sup>.

No es diu expressament, però cal interpretar que l'expressió *fer-se càrrec del demandant d'asil* implica que aquest estigui autoritzat a entrar en el territori, que hi sigui admès i que hi pugui romandre fins que es resolgui la seva demanda de protecció. Del reglament *Dublín II* resulten, com a mínim, dues garanties bàsiques per al demandant d'asil: en primer lloc, que la seva sol·licitud serà examinada en un dels estats parts; i, en segon lloc, que l'estat responsable concedirà un *dret de residència temporal* pel temps que duri la tramitació i l'examen de la demanda<sup>132</sup>.

El reglament *Dublín II* només estableix un dret *uniforme* respecte d'un dels criteris possibles a que els estats sotmeten l'*admissibilitat* de les demandes d'asil i, per tant, aquests conserven autonomia en els procediments nacionals, tant en relació als procediments d'*admissió en el territori*, com en relació als procediments de concessió de l'asil o el reconeixement de l'estatut de refugiat<sup>133</sup>. La conservació de l'autonomia en l'exercici d'aquesta competència s'ha configurat com a *un corol·lari de la delimitació de la responsabilitat*<sup>134</sup> i, per les perspectives de la directiva sobre normes i principis bàsics en matèria de procediments d'asil, no sembla que aquesta compensació o *corol·lari* pugui corregir-se aviat<sup>135</sup>.

La *responsabilitat* d'un estat respecte d'un demandant d'asil es manté durant tot el període en que el demandant romanguí en territori comú, fins i tot després d'haver emès una decisió sobre la seva sol·licitud, i mentre no s'hagi produït la sortida d'aquest espai. L'estat que ha resolt una demanda d'asil només deixa de ser responsable de fer-se càrrec del demandant d'asil quan, bé el demandant d'asil marxa de l'espai comú per un període mínim de tres mesos; o bé, quan l'estat membre ha adoptat i posat efectivament en

---

evocats no poguessin mantenir-se en un altre estat membre, sentència del Conseil d'Etat (B) de 11 de desembre de 1997, *X c. Etat belge*, nº 70.163, *RDE*, núm. 95, 1997, pàgs. 560-565.

<sup>131</sup> Article 16 del reglament *Dublín II*.

<sup>132</sup> Destaquen aquest dret, Concepción Escobar Hernández, "El Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen y el Convenio de Dublín: una aproximación al asilo desde la perspectiva comunitaria", *RIE*, vol. 20, núm. 1, 1993, pàgs. 84-85; M<sup>a</sup> Isabel Lirola Delgado, *Libre Circulación de Personas y Unión Europea*, op. cit., pàgs. 244-245; Philippe Weckel, "La Convention additionnelle a l'Accord de Schengen", loc. cit., pàg. 412.

<sup>133</sup> Philippe Weckel, "La Convention additionnelle à l'Accord de Schengen", loc. cit., pàg. 415. Els convenis de Schengen i Dublín, diu Weckel, *no impos(av)en l'establiment d'una política restrictiva en matèria d'asil*. Els estats poden autoritzar estades temporals a demandants d'asil (sense que comportin el dret de circular lliurement pels altres estats parts), admetre *refugiats de fet*, i poden aplicar el benefici de l'estatut de refugiat a persones que no reuneixen totes les condicions convencionalment establertes.

<sup>134</sup> *Ibidem*, pàg. 416.

<sup>135</sup> *Vid. Infra* Capítol X.

pràctica, després de la retirada o el refús de la sol·licitud, les disposicions necessàries per que el nacional del tercer país torni al seu país d'origen o s'adreci a un altre país a on pugui anar legalment<sup>136</sup>.

## 2. La legitimitat de la transferència de l'exercici de la funció d'examinar les demandes d'asil dins i fora de la Unió Europea

340. El reglament *Dublín II* ordena l'exercici de la funció d'examinar les demandes d'asil entre els estats membres d'un espai geogràfic concret, format pel territori dels estats membres de la Unió Europea i Islàndia i Noruega, mitjançant criteris objectius, en base al pressupòsit que aquests estats són *estats segurs* i al reconeixement mutu implícit de l'equivalència dels procediments per a la gestió de les demandes d'asil. La qüestió dels procediments serà objecte del Capítol X d'aquest treball, per la qual cosa ara es tractarà de la qüestió de les implicacions de la presumpció que determinats estats són sempre estats *segurs*.

Les nocions d'*estat segur* o de *tercer estat segur* han estat emprades per les legislacions internes per restringir l'admissió en el territori i l'admissibilitat en els procediments d'asil dels demandants que es considera que provenen d'un d'aquests estats. La diferència entre la noció de *tercer estat segur* i el *sistema de Dublín* és que, mentre la primera es fonamenta en decisions unilaterals dels estats de refús de protecció (normalment en fases preliminars dels exàmens de les demandes d'asil), les decisions en el segon es basen en un mecanisme convencional<sup>137</sup> i tenen uns certs efectes extraterritorials.

341. LA POSICIÓ DE L'ACNUR. D'acord amb la Convenció de Ginebra i el Protocol de Nova York, des del moment que es presenta una sol·licitud d'asil basada en la qualitat de refugiats a les autoritats d'un estat dins del territori o a les seves fronteres, l'estat és *responsable* de la persona i del seu destí. Com s'ha vist en el Capítol VII, des d'aquest moment, els estats parts estan obligats pel principi de *non-refoulement*, fins i tot quan el demandant podria ser tramés a altres estats, que, per alguna raó, haurien de fer-se'n càrrec i donar-li protecció. El Comitè Executiu de l'ACNUR a la seva Conclusió núm. 15 (XXX) de 1979 *Refugiats sense país d'asil* va assumir aquesta idea i va disposar que s'havien d'observar determinats principis en l'elaboració de criteris per a la identificació de l'estat responsable. Entre aquests, destaca el principi segons el qual *l'asil no ha de ser refusat únicament pel motiu que podria haver estat demanat a un altre estat*; això no obstant, *si resulta que una persona abans de demanar asil, ja ha establert lligams o ha mantingut*

---

<sup>136</sup> Article 16. 3-4 del reglament Dublín II. En els Convenis de Dublín i Schengen s'establia que calia que l'estat s'hagués encarregat fer efectiva la sortida del país de la persona i que aquesta sortida finalment s'hagués produït, havent estat fora del territori comú, com a mínim, durant un període de tres mesos.

<sup>137</sup> Agnès Hurwitz, "The Dublin Convention: A Comprehensive Assessment", *loc. cit.*, pàg. 647.



*relacions estretes amb un altre estat, pot ser-li demanat, si sembla raonable i equitatiu fer-ho, que adrexi en primer lloc la seva demanda d'asil a aquest estat: Pel que fa a l'aplicació d'acords de readmissió de persones que han entrat irregularment en el territori a persones demandants d'asil, es diu que només es faci tenint en compte degudament la seva situació particular*<sup>138</sup>.

El Comitè Executiu de l'ACNUR va reconèixer més tard que era fins i tot convenient que es concertessin acords entre els estats directament interessats, en consulta amb l'ACNUR, per proporcionar protecció als refugiats mitjançant l'adopció de criteris comuns i disposicions connexes per determinar quin estat s'encarregarà d'examinar les sol·licituds d'asil i refugi, per tal de concedir la protecció necessària i evitar la situació dels refugiats en òrbita<sup>139</sup>. Aquests acords, segons l'ACNUR, havien d'incloure el compromís dels estats de fer-se càrrec de les sol·licituds d'asil de les que eren responsables d'acord amb les obligacions derivades de la Convenció del 1951 i del Protocol de Nova York de 1967; i, a més, calia que es fes una referència explícita a aquestes obligacions tant en el cas de convenis específics com quan es tractés de convenis generals de readmissió.

Mancant convenis formalitzats, l'ACNUR admet també que els estats recorrin al concepte de *protection elsewhere* que fonamenta la utilització de nocions com *tercer estat segur, estat segur, o tercer estat d'acollida o asil*, sempre i quan el demandant d'asil pugui efectivament obtenir protecció en una altre banda, la qual cosa implica tenir en compte algunes cauteles.

#### *a. La transferència cap enfora del sistema Dublín dels demandants d'asil*

342. El reglament *Dublín II* (com també ho feia el Conveni de Dublín), si bé estableix un sistema per a la transferència dels demandants d'asil que presenten la seva sol·licitud en frontera i dins del territori cap a l'estat part del sistema que en sigui responsable, no exclou que la transferència es pugui produir cap enfora d'aquest espai.

L'article 3 del reglament estableix que

*Tot estat membre conservarà la possibilitat, en aplicació del seu dret nacional, d'enviar un sol·licitant d'asil a un tercer país, respectant les disposicions de la Convenció de Ginebra.*

D'altra banda, d'acord amb la *Resolució sobre una aproximació harmonitzada a les qüestions relatives als països tercers d'acollida* adoptada pels ministres dels estats membres responsables d'immigració en el marc de la cooperació a dotze, a Londres el

---

<sup>138</sup> ExCOM ACNUR, Conclusió N° 15 (XXX), *Réfugiés sans pays d'asile*, §h) iv) i vi). En aquesta Conclusió també es diu que convé tenir en compte, en tota la mesura del possible, les intencions de l'interessat respecte del país on desitja demanar asil (§h) iii)).

<sup>139</sup> ExCOM del Programa de l'Alta Comissaria, *Informe del 44° período de sesiones del Comité ejecutivo del Programa del Alto Comisionado (Ginebra, 4 a 8 de octubre de 1993)*, A/AC.96/821, 12 d'octubre de 1993, §19 (III.A.1 *Conclusión general sobre la protección internacional*) k), pàg. 8.

30 de novembre/1 de desembre de 1992, les disposicions del Conveni de Dublín seran aplicables quan el demandat d'asil, *a la pràctica, no pot ser enviat cap un tercer país d'acollida*<sup>140</sup>, és a dir que la determinació de l'estat responsable només es farà després que es constati que no hi ha cap altre estat on la persona podria ser enviada.

Aquesta possibilitat redueix les oportunitats dels demandants d'asil d'obtenir protecció i, també, pot suposar una diferència de tractament amb greuges comparatius per als demandants d'asil que arribin a estats que apliquen més restrictivament aquests criteris. Conseqüències no desitjables d'aquesta disposició, mentre a la Unió Europea i als estats que no sent membres participen en el sistema no hi hagi una aproximació única a la noció de *tercer estat segur*, poden consistir, en el refús del demandant a un tercer estat segur per part de l'estat responsable, quan l'estat on es va presentar la demanda va considerar que no hi havia cap *tercer estat segur* fora del sistema on es pogués enviar el sol·licitant (és a dir, que el demandant d'asil hauria perdut l'oportunitat que la seva demanda fos examinada en l'estat on la va presentar); o, fins i tot, en el refús a un tercer estat per part de l'estat no responsable on s'ha presentat la sol·licitud de protecció, quan l'estat responsable no hauria fet aquest refús (és a dir, que l'estat responsable no ha tingut hi l'oportunitat de concedir asil)<sup>141</sup>.

Els demandants d'asil que presenten la seva sol·licitud de protecció en un dels estats membres parts en el sistema no tenen, per tant, la garantia que la seva petició serà sempre examinada en un d'aquests estats. Només la constatació que no hi ha cap tercer estat cap on el demandant pot ser reenviat, tant per part de l'estat on s'ha presentat la demanda, com per part de l'estat responsable, dóna a aquests demandants d'asil la garantia que la seva sol·licitud serà examinada per part d'un estat part.

*b. La transferència cap endins. L'eliminació dels demandants d'asil en òrbita dins de l'espai comú europeu i el dret d'accedir a un procediment d'asil*

343. L'eliminació dels demandants d'asil *en òrbita* (així com també de les demandes d'asil múltiples i simultànies) només es produeix, així, dins de l'espai format per la Unió Europea i els estats associats a aquests efectes, però es continuaran produint demandants d'asil *en òrbita* fora d'aquest espai en no assegurar-se que un demandant

---

<sup>140</sup> Paràgraf 1 d) de la *Résolution sur une approche harmonisée des questions relatives aux pays tiers, dels Ministres dels estats membres de les CCEE responsables d'immigració*, Londres 30 de novembre-1 de desembre de 1992, SN 4822/1/92-WGI 1283. Reproduïda al *Recueil de traités et autres textes de droit international concernant les réfugiés et les personnes déplacées*, vol. II, Ginebra: Division de la protection internationale de l'Office de l'Haut Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés, 1997, XC, pàgs. 528-531.

<sup>141</sup> Totes aquestes possibilitats es deriven de les relacions entre la noció de tercer país d'acollida i el Conveni de Dublín, segons el paràgraf 3 de la Resolució. *Ibidem*, §3.

d'asil que hi arriba tindrà almenys una oportunitat d'obtenir protecció<sup>142</sup>. La protecció dels demandants d'asil d'acord amb una interpretació estricta del principi de *non-refoulement* exigiria que els estats que participen en el sistema Dublín únicament poguessin refusar l'examen d'una demanda d'asil si un altre dels estats participants en el sistema assegurés un examen del fons de la demanda.

Només així, l'aplicació d'aquests criteris es traduiria en un veritable *dret subjectiu* que formaria part de l'estatut dels demandants d'asil que arriben a l'espai comú europeu, una *garantia procedimental* o un dret d'accés a un procediment nacional d'examen de la concessió de l'asil<sup>143</sup>. Aquest dret només es garanteix dins de l'espai comú quan el demandant d'asil hi ha estat admès provisionalment, és a dir, quan no s'ha pogut determinar cap *estat tercer segur*. La decisió que un estat no responsable faci en aquest sentit, és una decisió que tindrà efectes, extraterritorialment, ja que, en principi, el demandant d'asil ja no podrà accedir al territori d'un altre estat *Dublín* per provar de demanar-hi asil.

En principi, és acceptable que l'eliminació o la reducció dels fenòmens de demandes d'asil múltiples i dels demandants d'asil en òrbita pot tenir conseqüències positives per als demandants d'asil que es troben en una situació veritable de *necessitat de protecció*. De fet, com va assenyalar Concepción Escobar, el Conveni de Dublín i la Convenció d'aplicació Schengen *es configuren teleològicament com a instruments que potencien una aplicació més eficaç de la convenció de Ginebra de 1951*<sup>144</sup>. Malgrat això, la transferència de l'exercici de la funció d'examinar una demanda d'asil està limitat pel risc que deixin de poder-se identificar en tots els estats d'igual manera les persones que mereixen gaudir d'asil, és a dir, que tenen una *necessitat de protecció*.

*c. El principi de l'admissió dels demandants d'asil en un únic estat responsable de l'examen de la sol·licitud de protecció com a refugiat versus el dret de demanar asil*

344. El principi segons el qual només un estat membre és *responsable* del tractament d'una demanda d'asil presentada davant d'una de les autoritats d'un estat part d'un espai territorial comú no està configurat com un principi de caràcter absolut. Els estats sempre poden examinar una demanda d'asil presentada per un estranger no ciutadà de la Unió després que ho hagi fet un altre estat membre, o assumint una *responsabilitat*

---

<sup>142</sup> Els estats europeus contribueixen a aquest fenomen. Agnès Hurwitz, "The Dublin Convention: A Comprehensive Assessment", *loc. cit.*, pàg. 650.

<sup>143</sup> Philippe Weckel, "La Convention additionnelle à l'Accord de Schengen", *loc. cit.*, pàgs. 407-408 i 417-421. Els Conveni de Schengen i Dublín consagren internacionalment el dret d'asil com un dret a la *justiciabilitat*.

<sup>144</sup> Concepción Escobar Hernández, "El Convenio de aplicación del acuerdo de Schengen y el Convenio de Dublín: una aproximación al asilo desde la perspectiva comunitaria", *loc. cit.*, pàg. 58.

que no li atribueixen els criteris establerts<sup>145</sup>. Amb el reglament, res d'això ha canviat i els estats individualment considerats continuen sent els agents principals de la concessió d'asil. Els *efectes extraterritorials* de les decisions de dret intern sobre la concessió o no concessió d'asil per part d'un estat membre únicament suposen que un estat pugui declarar *inadmissible* una demanda d'asil examinada i refusada en un altre estat.

Els estats conserven el dret d'examinar i de concedir asil a persones respecte de les quals no són responsables d'acord amb els criteris Dublín, per preservar el principi de la unitat de la família més enllà de la noció de família estricta que es preveu com a primer criteri d'atribució de responsabilitat, per raons derivades de situacions de dependència, per raons de caràcter humanitari o per altres raons.

Per tant, les possibilitats per als demandants d'asil que la seva demanda de protecció sigui examinada per part d'un estat diferent de l'estat *responsable* en primera instància, o després que aquest hagi refusat la protecció depèn, únicament, d'una decisió discrecional d'aquest estat. D'altra banda, el sistema de Dublín, està configurat per fer que sigui un únic estat qui examini una demanda d'asil, fent de la utilització d'aquestes clàusules escapatòries una qüestió residual. No és un dret dels demandants d'asil obtenir en determinades circumstàncies l'examen de la seva sol·licitud per part d'un estat no responsable. Només podria crear-se una expectativa legítima per als demandants d'asil que la seva sol·licitud serà examinada en un estat *no responsable* si els estats configuressin polítiques coherents d'utilització d'aquesta clàusula escapatòria, però aquest no sembla que hagi estat el cas, en general<sup>146</sup>.

Malgrat tot, ni que només existís una única possibilitat per als demandants d'asil d'accedir a un procediment d'asil en un estat això no suposaria una violació de les normes de dret internacional que configuren un dret de demanar asil. Mentre tots els estats cap on es pugui fer la transferència en virtut de l'acord entre ells respectin la Convenció de Ginebra i els instruments internacionals de protecció dels drets humans, *formalment*, no s'està vulnerant ni el dret de cercar asil, ni la base del Dret del refugi i l'asil, el principi de *non-refoulement*.

Altra cosa serà si la diferent intensitat en el respecte dels estàndards internacionals sobre l'asil, els drets humans i les llibertats fonamentals fa il·legítim, des d'una perspectiva *material* aquesta transferència.

---

<sup>145</sup> Els estats, segons els convenis de Dublín i Schengen, *podien* refusar examinar una sol·licitud d'asil que ja havia estat resolta en un altre estat part o que es trobava pendent de decisió, sempre que no s'hagués produït la sortida del demandant l'espai comú, però s'excloïa que els estats tinguessin l'*obligació* de fer-ho, ja que no es conferia a les decisions sobre la concessió d'asil adoptades en els estats un *caràcter comunitari*. Per als Convenis de Schengen i Dublín ho posava de manifest, M<sup>a</sup> Isabel Lirola Delgado, *Libre Circulació de Persones y Unió Europea*, *op. cit.*, pàg. 243. Aquestes clàusules estaven pensades per fer compatibles els principis de les convencions amb els drets constitucionals d'alguns estats membres, com per exemple, Alemanya i França. Kay Hailbronner, "Perspectives of a harmonization of the law of asylum after the Maastricht summit", *loc. cit.*, pàg. 924; Christian Tomuschat, "A right to asylum in Europe", *HRLJ*, vol. 13, núms. 7-8, 1992, pàg. 261.

<sup>146</sup> Agnès Hurwitz, "The Dublin Convention: A Comprehensive Assessment", *loc. cit.*, pàgs. 659-667.

### 3. La legitimitat de la utilització del criteri d'estat segur: aproximació formal

345. El retorn de les persones que presenten una demanda d'asil en un estat cap un altre estat *segur* es basa en la idea que la Convenció de Ginebra no prohibeix expressament aquesta pràctica. La prohibició de *refoulement* de l'article 33, només s'estableix en relació a territoris on la vida o llibertat del refugiat perilli per causa de la seva raça, religió, nacionalitat, pertinença a determinat grup social o opinions polítiques, i no en relació a altres llocs. Per ell mateix, per tant, el sistema de repartiment de la funció d'asil per part d'un conjunt d'estats membres no és contrari a la Convenció de Ginebra. D'altra banda, el principi de *non-refoulement* expressa un equilibri entre els interessos dels estats i els interessos liberals relatius a la protecció dels drets de les persones que necessiten protecció, per la qual cosa no és injust, *a priori*, que les persones que poden efectivament ser protegides en un estat no puguin optar per ser protegides en un altre estat, perquè, per definició, han deixat de ser persones amb necessitat de protecció.

Com ja s'ha posat de manifest en capítols anteriors, el problema principal dels refugiats i els demandants d'asil no és l'asil durable, sinó determinar que hi ha un estat responsable de protegir persones que no en són nacionals en virtut d'obligacions internacionals.

En general, ja no es posa en dubte que el *non-refoulement* és aplicable tant respecte de l'estat d'origen com respecte de qualsevol altre estat on la persona pugui patir tractaments contraris al dret internacional<sup>147</sup>, però es considera que res no impedeix allunyar els demandants d'asil cap a d'altres estats. Aquesta posició estaria recolzada per una interpretació *à contrario* dels articles 31 i 33 de la Convenció de Ginebra: l'article 31 es refereix a la immunitat penal dels refugiats que han entrar il·legalment en un dels estats membres, sempre que hagin *arribat directament* del territori on la seva vida o llibertat estava amenaçada; i l'article 33 es refereix a la prohibició de *refoulement* cap un estat on la vida o la llibertat de la persona estigui en perill per un dels motius que la qualifiquen com a refugiada. Interpretant conjuntament aquests dos articles des d'aquesta perspectiva, es deriva que la Convenció de Ginebra no prohibeix l'allunyament d'una persona cap un estat on la seva vida i la seva llibertat no estiguin en perill per motius de persecució, és a dir, *estats segurs* en aquest sentit, sempre que el refugiat no provingui directament de l'estat d'origen de la persecució<sup>148</sup>.

---

<sup>147</sup> François Julien-Lafferrière, "Le traitement des réfugiés et des demandeurs d'asile au point d'entrée", *RUDH*, 1990, pàgs. 56-57. En qualsevol dels casos un refugiat pel sol fet de ser-ho ha de beneficiar d'uns drets *inalienables*, Paul Weis, "Le concept de réfugié en droit international", *JDI*, tom 87, núm. 4, 1960, pàg. 989.

<sup>148</sup> Reinhard Marx, "Non-Refoulement, Access to Procedures, and Responsibility for Determining refugee Claims", *IJRL*, vol. 7, núm. 3, 1995, pàgs. 392-394.

A partir d'aquest pressupòsit, la qüestió és determinar què són els *estats segurs* o què fa que un estat sigui un estat *segur*.

Seguint el raonament inicial, formalment són *estats segurs* aquells estats parts de la Convenció de Ginebra de 1951 modificada pel Protocol de Nova York de 1967. Tenint en compte el desenvolupament de la noció de *non-refoulement*, els estats segurs també haurien de ser parts de la Convenció de les Nacions Unides contra la tortura de 1984 i, a Europa, del Conveni europeu per a la protecció dels drets humans i les llibertats fonamentals de Roma de 1950.

*a. Repartiment de l'exercici de la funció d'examinar demandes d'asil i non refoulement*

346. El principi de *non-refoulement*, com s'ha vist en el Capítol VII no comporta que els estats tinguin sempre l'obligació d'admetre duradorament les persones que reclamen la condició de refugiats o sol·liciten protecció sobre el seu territori. Els estats tenen l'obligació de no refusar o retornar de qualsevol manera que sigui aquestes persones *a les fronteres de territoris on la seva vida o la seva llibertat estaria amenaçada* degut a raons relatives a la seva condició. Res s'oposa per tant, a que alguns estats es coordinin entre ells per tal de racionalitzar<sup>149</sup> la distribució de la càrrega de demandants d'asil en una zona geogràfica determinada, establint uns criteris per tal de fer-se càrrec de les demandes d'asil presentades en els seus territoris. Això no obstant, l'aplicació *efectiva* i formal de les regles que regulen l'accés a l'examen de les sol·licituds d'asil en un context com l'europeu, on les normatives estatals no són equivalents, pot donar lloc a una certa *perversió* del sistema de protecció dels refugiats de la Convenció de Ginebra.

Les conseqüències immediates de l'aplicació del sistema Dublín sobre els demandants d'asil són essencialment que no podran escollir el país en el que desitgen ser acollits, i que, en principi, un cop un estat assumeix la seva *responsabilitat* respecte d'un demandant d'asil, cap altre estat admetrà l'examen d'una sol·licitud presentada per la mateixa persona, fins i tot quan el reconeixement de l'estatut de refugiat ja ha estat refusat. Els refugiats, per tant, i llevat que s'apliquin excepcions a aquesta regla, normalment derivades de l'aplicació de normes internes, tindran una única possibilitat que els sigui concedit asil o reconegut l'estatut de refugiat en el territori dels estats de la Unió<sup>150</sup>.

La Convenció de Ginebra no és contrària a aquestes conseqüències, ja que ni es pot deduir de les regles d'aquesta convenció que els refugiats tinguin un dret d'escollir el país

---

<sup>149</sup> Així ho ha destacat Escobar Hernández, que considera que la distribució de la responsabilitat, *en principi* no suposa un perjudici al dret de la persona de cercar asil, i respon a un criteri de *racionalització* del seu exercici conforme amb el principi de seguretat jurídica. Concepción Escobar Hernández, "El Convenio de aplicación del acuerdo de Schengen y el Convenio de Dublín: una aproximación al asilo desde la perspectiva comunitaria", *loc. cit.*, pàg. 75.

<sup>150</sup> *Ibidem*, pàgs. 73-74.

d'asil, ni l'estat que examinarà la seva demanda, ni tampoc, en principi, la Convenció de Ginebra s'oposa a que un determinat nombre d'estats acordin fer un repartiment de la funció d'examinar sol·licituds de protecció i concedir, si és el cas, asil<sup>151</sup>, i que reconeixin un *efecte extraterritorial* a les seves decisions<sup>152</sup>.

Ara bé, si per un costat és cert que des del punt de vista *formal* una regulació d'aquest tipus no és incompatible amb el respecte de les obligacions derivades de la Convenció de Ginebra de 1951, a la *pràctica*, la posada en funcionament dels criteris de responsabilitat condueix a augmentar el risc de *refoulement* indirecte<sup>153</sup>, i comporta, en determinades circumstàncies, el que es podria anomenar una certa *desvinculació* dels estats respecte de l'*obligació individual* que han assumit en virtut de la Convenció de Ginebra, de determinar la *condició* dels refugiats que es presenten a les seves fronteres o que són sota la seva jurisdicció en virtut del seu dret nacional. En un conjunt d'estats no unificats o federats políticament, només un context en el que les normatives sobre asil es trobessin harmonitzades tant en els seus aspectes procedimentals com substantius o materials, d'acord amb principis de protecció dels drets humans i les normes que es deriven de la Convenció de Ginebra de 1951, seria apte perquè l'aplicació de criteris de distribució de càrregues entre estats no comportés el risc d'una vulneració del conjunt de normes que garanteixen la protecció dels refugiats.

Certament, ni la Convenció de Ginebra ni cap principi de dret internacional reconeix als demandants d'asil, ni que siguin refugiats, un dret d'escollir un lloc per establir-se o cercar-hi protecció. Això no obstant, la imposició de regles que no tenen en compte els motius legítims que un refugiat pot tenir per adreçar-se cap un estat en concret, relatius especialment a lligams familiars, lingüístics o culturals, o el fet d'una estada duradora anterior, pot comportar que l'estat que declina exercir la seva funció d'asil examinant una demanda que li ha estat presentada vulneri els estàndards interns i internacionals de protecció de drets humans que es respecten en altres situacions, si l'estat de destí no respecta igualment aquests estàndards.

---

<sup>151</sup> N'hi ha que han vist en aquest sistema la recerca d'una major eficàcia de la protecció dels refugiats en la mesura que suposi un repartiment de les càrregues. Philippe Weckel, "La Convention additionnelle à l'Accord de Schengen", *loc. cit.*, pàgs. 405-437.

<sup>152</sup> En general, destaquen que *en principi* no és incompatible amb les normes de la Convenció de Ginebra l'establiment d'uns criteris de repartiment de la responsabilitat, Giovanni Barontini, "Sulla competenza per l'esame delle domande di asilo secondo le convenzioni di Schengen e di Dublino", *RDI*, vol. LXXV, fasc. 2, 1992, pàgs. 342-346; Kay Hailbronner, "Perspectives of a harmonisation of the law of asylum after the Maastricht summit", *loc. cit.*, pàgs. 923-926; *id.*, "The Right to Asylum and the Future of Asylum Procedures in the European Community", *loc. cit.*, pàgs. 351-355; Morten Kjaerum, "The Concept of Country of First Asylum", *loc. cit.*, pàg. 515; Karin Oellers-Frahm, Andreas Zimmermann, "France's and Germany's Constitutional Changes and their Impact on Migration Law -Policy and Practice-", *GYIL*, vol. 38, 1995, pàg. 275.

<sup>153</sup> Thomas Spijkerboer, "The Practical Effects of Schengen in Asylum Cases", *Refugee and Asylum Law: Assessing the Scope for Judicial Protection. International Association of Refugee Law Judges. Second Conference, Nijmegen, January, 9-11, 1997*, Utrecht: Nederlands Centrum Buitenlanders, 1997, pàg. 54.

La previsió d'uns criteris objectius que bàsicament es fonamenten en la *culpabilització* de l'estat que més ha contribuït en la presència d'un estranger en el territori *comú*, únicament modulats per la possibilitat dels estats d'assumir *voluntàriament* fer-se càrrec d'un demandant d'asil per motius d'ordre intern, modifica les expectatives dels demandants d'asil en els estats on presenten les seves sol·licituds. Els demandants d'asil només podran tenir una oportunitat d'obtenir-hi asil en funció d'una decisió discrecional de l'estat, que exercirà, en principi, per raons lligades a l'exercici de sobirania.

347. LA INEXISTÈNCIA D'UN SUPOSAT DRET D'ESCOLLIR EL LLOC DE PROTECCIÓ PER PART DELS DEMANDANTS D'ASIL I EL DEBAT FRANCÈS. A França, la previsió constitucional d'un *dret subjectiu* a l'asil va fer que l'aplicació d'aquesta regla, excepcional segons la lògica del sistema, s'entengués com la regla a seguir en tots els casos de demandes d'asil presentades en el territori de la República, a fi que es pogués comprovar, abans de l'aplicació dels criteris de responsabilitat, si la persona tenia dret d'asil d'acord amb la Constitució (*asil constitucional* per als defensors de la llibertat).

La decisió del Consell constitucional francès de 25 de juliol de 1991 va basar la conformitat del Conveni de Schengen amb la Constitució precisament en el fet que en les disposicions sobre la responsabilitat respecte de les demandes d'asil es preveia la clàusula de sobirania que permetia els estats assumir l'examen de les demandes d'asil presentades davant de les seves autoritats malgrat no ser-ne *responsables*<sup>154</sup>. En una decisió de 13 d'agost de 1993 el Consell constitucional va definir el contingut que calia donar a la potestat de l'estat segons el Conveni: en la mesura que no és segur que aquest dret sigui reconegut en altres estats, *qualsevol* demandant d'asil ha de poder fer valer un dret reconegut per una disposició de caràcter constitucional, cosa que implica, com a mínim, un dret d'*asil provisional* mentre es decideix sobre la seva petició (llevat de la reserva d'ordre públic), l'accés a una instància competent, i l'exercici de les vies de recurs pertinents<sup>155</sup>.

El govern francès de l'època va considerar que aquesta darrera decisió feia *inaplicable* el Conveni Schengen, i que per *integrar els acords de Schengen i el Conveni de Dublín en el dret intern*, calia reformar la Constitució, ja que el sistema quedava pràcticament anorreat amb la interpretació que es feia del dret d'asil constitucional. La llei de reforma constitucional de 25 de novembre de 1993 va afegir un nou article 53.1 al text fonamental que, si bé avalava la possibilitat de l'estat francès de concloure amb els estats europeus acords que determinessin les seves competències

---

<sup>154</sup> Conseil constitutionnel (Fr), decisió de 25 de juliol de 1991, DC 91-294, *Loi autotisant l'approbation de la Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des états de l'Union Économique du Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes*, *Récueil Dalloz. Sirey*, B-45, 1991, pàgs. 618-621.

<sup>155</sup> Conseil constitutionnel (Fr), decisió de 13 d'agost de 1993, DC núm. 93-325, *JORF* de 18 d'agost de 1993, pàgs. 11722-11730.



respectives per a l'examen de demandes d'asil els fossin presentades, establia que es conclourien amb *estats europeus amb compromisos idèntics als seus en matèria d'asil i de protecció de drets humans i llibertats fonamentals*; i que, *amb tot, fins i tot si la demanda no entra dins de la seva competència en virtut dels acords, les autoritats de la República tenen sempre el dret de concedir asil a qualsevol estranger perseguit per causa de la seva acció en favor de la llibertat o que sol·licita la protecció de França per un altre motiu*<sup>156</sup>.

*b. Condicions que cal que respectin els actes de transferència de la funció d'asil entre els estats*

348. D'acord amb les obligacions que es deriven de la Convenció de Ginebra i dels instruments internacionals de protecció dels drets humans, la responsabilitat de protegir una persona estrangera amb necessitat de protecció recau en l'estat sota la jurisdicció del qual es troba la persona<sup>157</sup>. Això també inclou establir si, en determinats casos, es pot fer una transferència de la persona cap a altres estats, tot respectant determinades condicions per assegurar que la persona no patirà tractaments contraris al dret internacional. La utilització de nocions com *tercer estat segur* o *país d'origen segur*, com a llocs on *generalment* no hi ha cap risc seriós de persecució, requereix que es faci sempre un examen preliminar substantiu de cada sol·licitud, per establir si en el cas concret

---

<sup>156</sup> *Loi constitutionnelle* núm. 93-1256 de 25 de novembre de 1993, *relative aux accords internationaux en matière de droit d'asile*, RCDIPr., vol. 83, núm. 1, 1994, pàg. 129 [també RDP, 1994, núm. 1, pàg. 39]. Sobre aquest debat Yves Gautier, "Les accords de Schengen et le droit d'asile à l'épreuve du débat constitutionnel", *Europe. Eds. Techniques*, desembre de 1993, pàgs. 1-3; François Luchaire, "Le droit d'asile et la révision de la constitution", RDP, 1994, núm. 1, pàgs. 14-40; Philippe Keraudren, "Réticences et obstacles français face à Schengen: la logique de la politique de sécurité", Alexis Pauly (dir.), *Schengen en panne*, Maastricht: Institut Européen d'Administration Publique, 1994, pàgs. 132-143; Jean Rossetto, "La Convention de Schengen: controverses et incertitudes françaises sur le droit d'asile", RMCUe., núm. 378, 1994, pàgs. 320-323; Catherine Teitgen-Colly, "Le droit d'asile: la fin des illusions", AJDA, núm. 2, 20 febrer 1994, pàgs. 109-114.

<sup>157</sup> L'argument sobre que els estats parts de la convenció de Ginebra eren responsables individualment d'examinar les demandes d'asil presentades en el seu territori va ser una dels arguments del Consell d'Estat dels Països Baixos per oposar-se a la ratificació del Conveni de Schengen per part del govern., Hans Ulrich Jessurun d'Oliveira, "Expanding External and Shrinking Internal Borders: Europe's Defence Mechanisms in the Areas of Free Movement, Immigration and Asylum", David O'Keeffe, Patrick M. Twomey (eds.), *Legal issues of the Maastricht Treaty*, Londres: Chancery Law Publishing, 1994, pàgs. 273-277; *id.*, "Fortress Europe and (extra-communitarian) refugees: cooperation in sealing off the external borders", Henry G. Schermers et al. (eds.), *Free Movement of Persons in Europe. Legal problems and Experiences*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1993, pàgs. 175-177; C.D. de Jong, "Cooperation in the field of aliens law. The granting of visas, passports and asylum and refugee status", Henry G. Schermers et al. (eds.), *Free Movement of Persons in Europe. Legal problems and Experiences*, *op. cit.*, pàgs. 188-190; Herman Meijers, "Refugees in Western Europe 'Schengen' affects the entire Refugee Law", *loc. cit.*, pàgs. 433-435 i 438. També en aquest sentit, José J. Bolten, "From Schengen to Dublin: The new frontiers of refugee law", Herman Meijers et al., *Schengen. Internationalisation of central chapters of the law on aliens, refugees, privacy, security and the police*, Utrecht: W.E.J. Tjeenk Willink Kluwer law and taxation, 1991, pàgs. 22-31.

l'estat és *segur*. No fer-ho és contrari al principi fonamental d'avaluació individualitzada de totes les peticions d'asil<sup>158</sup>.

Com ha exposat F. Javier Quel López, l'aplicació *defensiva* de les nocions d'estat o regió segura d'origen *constitueix un mecanisme summament agressiu de dret d'asil territorial*<sup>159</sup>. Va en contra del *caràcter individual de l'asil* i de la *naturalesa subjectiva de la persecució* que els estats puguin establir amb aquests mecanismes una *barrera automàtica* per accedir als procediments d'asil, a través de la creació de presumpcions contràries a la validesa de les demandes d'asil<sup>160</sup>. Cal que les persones tinguin sempre la oportunitat de refutar la presumpció que els afecta pel seu origen o per les circumstàncies de trajecte que han fet fins arribar a al país d'asil.

L'adequació als estàndards de protecció dels refugiats i demandants d'asil de l'aplicació de la noció de *tercer estat d'acollida* o *tercer estat segur* es mesuren, essencialment, en funció de les garanties relatives al principi de *non-refoulement*. Per això, l'estat que rep una demanda d'asil en el territori o a les seves fronteres té l'obligació d'assegurar-se que l'estat tercer cap on es pretén reenviar el demandant no vulnerarà el principi de *non-refoulement*. Així, fins i tot una decisió d'allunyar o retornar un demandant d'asil a un tercer estat cal que sigui precedida d'un examen de la demanda<sup>161</sup>. En cas contrari, l'estat que fa la tramesa no podria tenir la certesa que el demandant d'asil estarà *segur tenint en compte les seves circumstàncies específiques*<sup>162</sup>.

349. Amb tot, la transferència cap un altre estat d'un demandant d'asil únicament podrà fer-se si es compleixen dues condicions: en primer lloc, el consentiment de l'estat receptor; i, en segon lloc, que en aquest estat hi hagi una *protecció adequada*.

Pel que fa al consentiment de l'estat receptor, aquesta exigència es deriva de la necessitat d'assegurar que aquest estat té i reconeix que té una obligació d'admetre el demandant d'asil, o bé, accepta fer-ho per altres raons. Allunyar un demandant d'asil

---

<sup>158</sup> Amnesty International, EUROPE Harmonisation de la politique d'asile. Procédures accélérées pour les demandes d'asile "manifestement infondées" et notion de "pays sûr", AI SR 92 R 62, novembre de 1992, pàgs. 16-20.

<sup>159</sup> F. Javier Quel López, "El acceso a la protección de los solicitantes de asilo (incluido el concepto de tercer país seguro y movimientos irregulares)", Pablo Antonio Fernández Sánchez (ed.), *La revitalización de la Protección de los Refugiados*, Huelva: Universidad de Huelva, 2002, pàg. 185.

<sup>160</sup> *Ibidem*, pàg. 185.

<sup>161</sup> Reinhard Marx, "Non-Refoulement, Access to Procedures, and Responsibility for Determining refugee Claims", *loc. cit.*, pàg. 391-392. En contra, partint d'una aproximació estrictament formal, per exemple, Kay Hailbronner, *Immigration and Asylum Law Policy of the European Union*, La Haia, Londres, Boston: Kluwer Law International, 2000, pàg. 451.

<sup>162</sup> Karin Landgren, "Deflecting International protection by treaty: bilateral and multilateral accords on extradition, readmission and the inadmissibility of asylum requests", *UNHCR Working Papers New Issues in Refugee Research, Working Paper* N° 10, juny de 1999, pàg. 14. En aquest treball es posa l'exemple dels refugiats originaris de l'Iran i l'Iraq que arriben a Alemanya a través de Turquia o Grècia, ja que si bé en principi aquests podrien ser reenviats per part d'Alemanya cap a Grècia, en aquest darrer país corren el risc de no ser admesos ja que només s'hi admeten els demandants d'asil que provenen directament del seu país d'origen (pàg. 16).

directament cap un altre estat sense assegurar-se que hi serà admès, pot contribuir a la creació de demandants d'asil *en òrbita* i ha de considerar-se, a més, un abús de dret per part de l'estat sota la jurisdicció de qui es troba la persona. L'estat receptor pot demostrar la il·legalitat de l'acció de l'estat que fa la tramesa establint la seva manca d'obligació d'admetre el demandant<sup>163</sup>.

L'ACNUR recomana que s'obtingui de l'estat de destí el consentiment explícit, o al menys implícit, sobre que rebrà el demandant d'asil i considerarà la seva petició, abans de fer-se efectiu l'allunyament. Si aquest consentiment no es pot obtenir, en qualsevol cas, *cal que s'asseguri que el demandant d'asil serà admès i la seva demanda d'asil examinada en un procediment imparcial*. A aquests efectes suggereix que s'informi les autoritats del tercer estat abans que el retorn s'efectuï<sup>164</sup>. Des de la perspectiva tant de les relacions interestatals, com de la protecció de les persones, però, el consentiment implícit o la simple informació no semblen cauteles suficients per assegurar que la persona no es convertirà en un refugiat *en òrbita*, ni per garantir que no es vulneren els drets de l'estat receptor.

L'acceptació de l'estat de rebuda forma part del procediment per a l'aplicació de les regles previstes al sistema de Dublín. Aquesta fórmula hauria d'entendre's a qualsevol altra possibilitat de trametre un demandant d'asil a un *tercer estat*. Si no es requereixen, al menys, garanties d'acolliment i tramitació de la demanda d'asil d'acord amb un procediment adequat, existirà un risc real que l'estat identificat sobre el paper com a estat *responsable* bé no disposi d'un procediment apropiat per oferir una protecció suficient, bé consideri que la persona retornada ha estat refusada després d'un examen substantiu de la seva sol·licitud en l'estat que fa l'allunyament<sup>165</sup>.

Quant a la *protecció adequada*, es considera que el demandant d'asil ha d'estar protegit en l'estat de destí contra el *refoulement* directe i indirecte i, també, que cal que en aquest estat es respecti el *international meaning* de la noció de refugiat, els estàndards internacionals de protecció dels drets humans, i disposi de procediments adequats d'asil<sup>166</sup>. La *protecció adequada*, d'altra banda, suposa que existeixi un *lligam actual (actual link)* i efectiu entre el demandant d'asil i l'estat de destí<sup>167</sup>. L'estada durant un cert temps per part del demandant d'asil en aquest estat i en un temps no massa llunyà és una presumpció de *protecció adequada*, com també que hi resideixen familiars pròxims. Això exclou que els demandants d'asil perdin el seu dret de ser

---

<sup>163</sup> Reinhard Marx, "Non-Refoulement, Access to Procedures, and Responsibility for Determining refugee Claims", *loc. cit.*, pàg. 395.

<sup>164</sup> ACNUR, UNHCR Position on Readmission Agreements. "Protection Elsewhere" and Asylum Policy, Londres, agost de 1994, § 5.

<sup>165</sup> European Council on Refugees and Exiles (ECRE), "Safe Third Countries": *Myths and Realities*, Londres, febrer de 1995, §23-24.

<sup>166</sup> Amnesty International, *Refugees: Human Rights Have No Borders*, AI Index ACT 34/08/97, març de 1997, §6, pàg. 5/9.

<sup>167</sup> Reinhard Marx, "Adjusting the Dublin Convention: New Approaches to Member State Responsibility for Asylum Applications", *EJML*, vol. 3, 2001, pàg. 13.

protegits únicament perquè en algun moment del seu viatge s'han aturat o han transitat per un estat abans d'arribar a l'estat on presenten la demanda d'asil. En general, l'ACNUR i alguns estats consideren que un període d'estada de tres mesos pot ser suficient per establir el *actual link*, però, com ha apuntat Göran Melander, el període de temps que un demandant d'asil ha estat en un primer país determina la *fortalesa* del lligam i, així, de la presumpció que l'estat és un estat segur per al demandant d'asil<sup>168</sup>.

350. En el context normatiu europeu, no es poden considerar adequades ni la *Resolució sobre una aproximació harmonitzada a les qüestions relatives als països tercers d'acollida*, de 1992, ni la proposta modificada de directiva del Consell sobre *normes mínimes per als procediments que han d'aplicar els estats membres per concedir o retirar la condició de refugiat*. En el primer dels textos s'estableix que un estat és país tercer d'acollida, no només quan el demandant hi ha obtingut ja una protecció (*primers països d'asil*), sinó també quan *ha tingut l'oportunitat a la frontera o en el territori del país tercer de sol·licitar la protecció de les autoritat d'aquest país abans d'adreçar-se on demanda asil* (que més endavant s'anomenaran *tercers estats segurs*)<sup>169</sup>. En el segon, amb una ambigüitat considerable, es diu que un tercer país serà segur per a un demandant d'asil si aquest hi té relació, lligams estrets o si *hagués tingut l'oportunitat de recórrer a la protecció de les seves autoritats*<sup>170</sup>.

L'ACNUR ha considerat també, per això, en el cas del sistema de Dublín que *és totalment inapropiat que la responsabilitat d'examinar una sol·licitud d'asil es derivi de qualsevol manera del fet que el sol·licitant d'asil ha estat merament present en el territori d'un estat membre*, perquè la mera presència en el territori d'un estat *és sovint el resultat de circumstàncies fortuïtes i no implica necessàriament l'existència de cap connexió ni vincle significatiu*<sup>171</sup>.

Si el demandant d'asil no ha residit durant un cert temps en l'estat de destí, cal que, en tot cas, hi sigui admès, i hi tingui, una oportunitat concreta i actual d'obtenir asil, d'acord amb les salvaguardes procedimentals adequades. Cal, en aquest sentit, que es tinguin en compte les circumstàncies contretes del seu cas.

A la Conclusió núm. 58, el Comitè Executiu de l'ACNUR acara la qüestió dels desplaçaments irregulars dels demandants d'asil que han trobat protecció, malgrat no

---

<sup>168</sup> Göran Melander, "Report of the Seminar. Responsibility for Examining an Asylum Request", Raoul Wallenberg Institute of Human Rights and Humanitarian Law, *Responsibility for Examining an Asylum Request. Seminar in Lund, 24 to 26 April 1985*, Lund: Raoul Wallenberg Institute, 1986, pàg. 11.

<sup>169</sup> *Résolution sur une approche harmonisée des questions relatives aux pays tiers, dels Ministres dels estats membres de les CCEE responsables d'immigració*, Londres 30 de novembre-1 de desembre de 1992, SN 4822/1/92-WGI 1283, *loc. cit.*, § 2 c), pàg. 530.

<sup>170</sup> CSE, *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*, COM (2002) 326 final, Brussel·les, 18 de juny de 2002, 2000/0238 (CNS), article 28.1 a).

<sup>171</sup> ACNUR, *Nuevo examen del Convenio de Dublín. Reflexiones del ACNUR sobre el documento de trabajo de la Comisión*, gener de 2001, pàg. 4/5.

hagin obtingut encara una solució durable. En aquests casos, es considera que poden ser reenviats al país on van trobar protecció sempre que estiguin protegits contra mesures de *refoulement*, i que estiguin *autoritzats a restar-hi i hi siguin tractats de conformitat amb les normes humanitàries de base*<sup>172</sup>.

4. La legitimitat de la utilització de la noció d'*estat segur*: aproximació material o substantiva

351. El principi segons el qual un únic estat és responsable d'examinar una demanda d'asil, si bé no és il·legítim per ell mateix, pot arribar a ser-ho pel context en el que s'aplica. El sistema de Dublín no garanteix, més enllà d'una presumpció gairebé irrefutable, que l'estat de destí respectarà un nivell suficient de garanties respecte del refugiat equivalent al de l'estat que fa el lliurament i que, en tot cas, respectarà el principi de *non-refoulement* tal com ho fa l'estat que primer ha rebut la demanda d'asil<sup>173</sup>.

A la Unió Europea, si bé s'ha arribat a l'harmonització normativa d'alguns elements bàsics de l'asil, com les condicions per ser qualificat com a refugiat o per obtenir una protecció subsidiària, no hi ha encara una mateixa oportunitat d'obtenir protecció, ni tampoc s'ha arribat a una situació en què les diferències entre els estats no comportin un risc de tractament diferencial de gran transcendència, o fins i tot de *refoulement*.

La manca d'una harmonització normativa material i, sobretot, procedimental, suficient sobre les regles relatives a l'asil fa que la impossibilitat per als demandants d'asil de triar l'estat on s'examinarà la seva demanda de protecció<sup>174</sup> pugui resultar perjudicial per a aquests, i que hi hagi un risc que siguin tractats de forma manifestament no igual respecte d'altres demandants d'asil que es troben en una situació similar que demanen asil en el mateix *espai*.

a. *Elements que fan il·legítima la utilització de la noció d'estat segur en un entorn no suficientment harmonitzat*

---

<sup>172</sup> ExCOM ACNUR, Conclusió N° 58 (XL), *Problème des réfugiés et des demandeurs d'asile quittant de façon irrégulière un pays où la protection leur a déjà été accordée*, § f). Vid. *Infra* X.B.

<sup>173</sup> El fet que tots els estats parts en els convenis de Schengen i Dublín siguin també parts en la Convenció de Ginebra i en el Conveni europeu de drets humans no garanteix que en tot ells, en els procediments d'asil, es respectin suficientment els principis mínims que se'n deriven, com ha demostrat Amnesty International en diferents informes, entre ells, Amnesty International, *Harmonisation de la politique d'asile en Europe. Procédures accélérées pour les demandes d'asile "manifestement infondées" et notion de "pays sûr"*, novembre de 1992, AI SF 92 R 62, pàgs. 12-25.

<sup>174</sup> La voluntat estatal es substitueix a la voluntat individual. Christian Bruschi, "Le droit d'asile: l'Europe à l'heure des choix", *loc. cit.*, pàg. 71.

352. L'APLICACIÓ DEL PRINCIPI DEL REONEIXEMENT MUTU A L'EXERCICI DE DRETS I LLIBERTATS. Certament, l'harmonització progressiva dels règims d'asil a la Unió Europea fa que cada cop sigui menys arriscada la tramesa de demandants d'asil cap a estats amb normatives sobre asil diferents però, malgrat això, i mentre no hi hagi un únic règim uniformement aplicable, per a un demandant d'asil sempre serà més probable obtenir protecció en un estat que en un altre, o una millor protecció. L'aplicació del principi del reconeixement mutu quan el que està en joc són drets individuals pot esdevenir absolutament desproporcionat per assolir els objectius de seguretat en què es fonamenta, contràriament al que passa en altres àmbits. L'aplicació dels criteris de *responsabilitat* del sistema Dublín en aquest context comporta un risc greu de discriminació entre els demandants d'asil per raó del seu lloc d'origen, que pot fer que esdevingui molt més difícil o impossible accedir al territori o a les fronteres de l'estat on es vol obtenir protecció, i pel qual s'ha optat per criteris familiars, de context social, cultural, religió, per facilitats d'integració o per altres motius raonables. Per això, alguns autors consideren que mentre no s'hagi produït una harmonització o una harmonització suficient dels règims d'asil resulta *injust* que no es pugui presentar demandes d'asil successives en l'espai comú<sup>175</sup>.

Els estats europeus tenen i apliquen règims diferents d'asil que fa que no hi hagi una mateixa oportunitat d'obtenir protecció, ni que la protecció oferta en cas de ser concedida sigui equivalent. Per un costat, hi ha estats que consideren favorablement la persecució de gènere o motivada en l'orientació sexual com una forma de persecució, d'altres únicament concediran en aquests casos protecció subsidiària i, finalment, un altre grup d'estats no consideraran aquestes persones com necessitant protecció. Per l'altra, les oportunitats d'obtenir protecció depenen en gran mesura dels procediments i les garanties procedimentals de que gaudeixin els demandants d'asil, de l'aplicació de procediments ordinaris o accelerats i, sobretot, de que es concedeixin recursos suspensius de l'allunyament contra els refusos de protecció.

353. EL RISC DE *REFOULEMENT* INDIRECTE QUE RESULTA DE LA REGLA DEL TERCER PAÍS D'*ACOLLIDA O SEGUR*. A la pràctica, ha estat la manca d'interpretació uniforme de les condicions que qualifiquen un demandant d'asil com a refugiat la raó per la qual algunes jurisdiccions nacionals i el Tribunal europeu de drets humans han posat en qüestió l'aplicació *formal* del criteris de Dublín. Els darrers canvis normatius en alguns estats europeus com a França o Alemanya, conseqüència de l'harmonització europea<sup>176</sup> permeten albirar la residualització

---

<sup>175</sup> John Hunt, *Rapport sur l'Europe de 1992 et les politiques en matière de réfugiés*, de 12 d'abril de 1991, Doc. 6413 Assemblea Parlamentària del Consell d'Europa, pàgs. 1 i 14-15. També en aquest sentit, Amnesty International, *EUROPE. Harmonisation de la politique d'asile. Procédures accélérées pour les demandes d'asile "manifestement infondées" et notion de "pays sûr"*, AI SF 92 R 62, novembre de 1992, pàg. 6; C.D. Jong, "Cooperation in the field of aliens law. The granting visas, passports and asylum and refugee status", *loc. cit.*, pàgs. 188-190.

<sup>176</sup> La Directiva 2004/83/CE del Consell de 29 d'abril de 2004, *por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto 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*, és, en aquest sentit instrumental per al reglament *Dublín II*. Hemme Battjes,

dels motius que en aquests casos han qüestionat l'aplicació del sistema de Dublín. Malgrat això, el fet que sovint els canvis normatius no assegurin un canvi automàtic de les dinàmiques d'aplicació de regles de dret des de molt de temps assumides com a correctes, no permet eliminar completament la possibilitat que es produeixin supòsits que plantegin una certa contradicció entre l'aplicació formal dels criteris de repartiment de la funció d'asil i els estàndards interns o internacionals de protecció dels demandants d'asil.

Ni l'harmonització normativa en curs, ni el fet que els estats membres de la Unió Europea siguin igualment parts de la Convenció de Ginebra i els principals instruments internacionals de protecció de drets humans, assegurin, pels motius que s'han vist anteriorment, que tots els demandants d'asil tindran almenys una oportunitat que la seva sol·licitud de protecció serà examinada en un dels estats de l'espai. El fet que la regla del *tercer país d'acollida* que inclou la possibilitat de lliurar un demandant d'asil a un *tercer país segur* (essent el lliurament a un *primer país d'asil* menys problemàtic) sigui aplicable, fins i tot abans que es determini l'estat responsable d'examinar una demanda d'asil, i que no hagi hores d'ara una aplicació uniforme o harmonitzada d'aquests criteris en els estats membres (com es veurà en el Capítol X), fa que no es pugui eliminar completament la possibilitat d'un *refoulement* directe o indirecte<sup>177</sup>.

El sistema de distribució de la funció d'asil entre els estats de la Unió Europea, per això, fins i tot provoca que es redueixin les garanties per a un demandant d'asil que la seva petició serà examinada pel que fa al fons. El demandant d'asil només té un dret de *fer-se escoltar*, cosa que no assegura ni l'admissió provisional en l'espai comú ni l'examen de la demanda d'asil<sup>178</sup>.

L'aplicació de la regla del *tercer país segur* en alguns estats membres en base a *l·listes blanques* d'estats on generalment no hi ha risc de persecució o que són signataris de la Convenció de Ginebra i/o de determinats instruments sobre drets humans, sense que hi hagi una possibilitat efectiva de refutar aquesta presumpció en un cas concret (per exemple si el recurs contra la inadmissibilitat o contra l'allunyament no és suspensiu), comporta que l'aplicació dels criteris de Dublín puguin tenir com a conseqüència que els estats que transfereixen demandants d'asil en funció d'aquests criteris no puguin tenir sempre i en tot moment la seguretat que no seran en l'origen d'una cadena que porti a un *refoulement* indirecte del demandant d'asil<sup>179</sup>.

---

"A Balance between Fairness and Efficiency? The Directive on International Protection and the Dublin Regulation", *EJML*, vol. 4, 2002, pàg. 160.

<sup>177</sup> Per a José J. Bolten hi ha per això una *contradicció implícita* en el sistema, ja que l'obligació d'un estat d'*examinar* una demanda d'asil permet la tramesa a un tercer estat cosa que suposa una decisió sobre l'admissibilitat al procediment i del fons de la sol·licitud. Això, segons aquest autor, confirma que el sistema Dublín no implica que el demandant d'asil té una garantia procedimental, com tampoc ho implicaven les disposicions del Conveni de Schengen. José J. Bolten, "From Schengen to Dublin: The new frontiers of refugee law", *loc. cit.*, pàg. 23, també *Netherlands Juristenblad*, vol. 66, núm.5, 1991, pag. 172.

<sup>178</sup> *Ibidem.*, pàg. 25.

<sup>179</sup> Amnesty International, *Harmonisation de la Politique d'asile en Europe: Préoccupations d'Amnesty*

En aquests sentit, l'Assemblea parlamentària del Consell d'Europa<sup>180</sup>, el Parlament europeu<sup>181</sup>, el Comitè executiu de l'ACNUR<sup>182</sup>, i organitzacions no governamentals com Amnesty International<sup>183</sup>, han expressat en diferents ocasions la necessitat que es garanteixi que en tots els casos en què es presenti una demanda d'asil en un dels estats Schengen es tindrà accés a un procediment substantiu que permeti establir si s'està davant d'un cas de necessitat de protecció.

354. L'aplicació dels criteris de repartiment de la funció d'asil entre els estats participants en el sistema de Dublín esdevé il·legítima, a més, per altres motius. L'aplicació dels criteris de Dublín únicament ofereixen una resposta parcial i limitada als problemes que ha pretès resoldre el sistema: en primer lloc, el reglament *Dublín II*, com també ho feia el Conveni Schengen, té un abast d'aplicació que es limita a les demandes d'asil lligades a l'estatut de refugiat del demandant<sup>184</sup> i, com s'ha defensat en el Capítol I, per les raons allí apuntades, una demanda d'asil abasta supòsits que van més enllà d'aquesta possibilitat, a banda del fet que, segurament, són els supòsits que avui dia suposen un repte més important per a la comunitat internacional en general i, per tant, també a Europa.

El fet que els criteris de Dublín només siguin aplicables a les demandes d'asil basades en la condició de refugiat del demandant fa que, en principi, sempre que s'hagi refusat a un demandant d'asil l'estatut de refugiat, si presenta una demanda de protecció basada en altres motius en altres estats, la petició de protecció subsidiària hagi de ser examinada en qualsevol altre/s estat/s de la Unió Europea.

---

*International*, EUR 01/01/90-SF 90 R 90, novembre de 1990, pàgs. 3, 16 i 20.

<sup>180</sup> Assemblea parlamentària, Consell d'Europa, Recomanació 1236 (1994) *relative au droit d'asile*, de 12 d'abril de 1994.

<sup>181</sup> PE, *Resolución sobre la armonización, dentro de las Comunidades Europeas, de la legislación y las políticas en materia de asilo*, de 18 de novembre de 1992, DOCE de 21 de desembre de 1992, N° C 337/97-102, essencialment §7, pàgs. 99-100; i *Resolución sobre los principios generales de una política europea sobre refugiados*, de 19 de gener de 1994, DOCE de 14 de febrer de 1994, N° 44/106-110, principalment §12-21, pàgs. 108-109.

<sup>182</sup> ExCOM ACNUR, Conclusió N° 22 (XXXII), *Protection des personnes en quête d'asile en cas d'arrivées massives*.

<sup>183</sup> Amnesty International ha definit uns *principis i garanties essencials* per a ser inclosos en els procediments d'asil per a *totes* les demandes d'asil, independentment del país del d'on provingui el demandant i la naturalesa de la petició. Aquests principis i garanties es derivarien del principi de *non-refoulement* i dels estàndards internacionals establerts per l'Ex COM a les seves conclusions sobre protecció internacional i d'altres textos com el Pacte Internacional sobre drets civils i polítics, o la Recomanació R (81) 16 del Comitè de Ministres del Consell d'Europa *sobre l'harmonització dels procediments nacionals d'asil*. Amnesty International, *EUROPE. Harmonisation de la politique d'asile. Procédures accélérées pour les demandes d'asile "manifestement infondées" et notion de "pays sûr"*, AI SF 92 R 62, novembre de 1992, pàgs. 8-11; i *id.*, *EUROPE. Nécessité de normes minimales dans les procédures d'asile*, EU Ass/01/94-SF 94 R 43, juny de 1994, pàgs. 22-25.

<sup>184</sup> José J. Bolten, "From Schengen to Dublin: The new frontiers of refugee law", *loc. cit.*, pàg. 23.



Finalment, fins i tot assegurant-se que el principi de *non-refoulement* serà sempre respectat en la seva versió ampliada per l'efecte de l'evolució de la protecció internacional dels drets humans en la segona meitat del segle XX, tampoc l'aplicació dels criteris de Dublín poden considerar-se legítims en un context en què, si bé tots els demandants d'asil rebrien un *asil provisional* (serien protegits contra el *refoulement* mentre dura la tramitació de la demanda) no tots tindrien la mateixa oportunitat d'obtenir un asil durable, ni un mateix tipus de protecció, mentre no s'hagi arribat a l'aplicació d'un sistema uniforme d'asil o un sistema d'asil únic entre els estats que participen en el sistema.

*b. Les condicions materials de l'estat segur en l'entorn del sistema Dublín en l'espai Schengen*

355. La utilització de la noció de *tercer país d'asil segur* hauria de basar-se sempre, no només en l'adhesió formal als instruments internacionals sobre l'estatut dels refugiats i de protecció de drets humans, sinó també en la pràctica d'aquests estats en la interpretació i aplicació dels convenis<sup>185</sup>. D'altra banda, caldria que en tots els casos es fes una anàlisi individualitzada per tal de determinar si un demandant d'asil pot ser reenviat a un tercer estat d'asil en funció tant de les circumstàncies personals d'aquest com de les de l'estat de destí. Com posa en relleu l'ACNUR *la qüestió de si un estat és o no segur no és una qüestió genèrica i ha de ser determinada per a tot demandant d'asil en qualsevol circumstància*, fins i tot quan es preveuen llistes d'estats segurs<sup>186</sup>.

Que la protecció que els estats europeus proporcionaven als demandants d'asil era manifestament diferent en uns estats que en els altres era una dada que no s'ignorava quan es va establir el sistema de Dublín. Tampoc s'ignorava que en alguns estats s'aplicaven nocions de refugiat manifestament restrictives i contràries al criteri general i al de l'ACNUR, com en els casos de França o Alemanya respecte de la interpretació de l'agent de la persecució. El fet d'ignorar-ho i, així, ignorar que la tramesa cap un estat del sistema podia constituir *refoulement* des de la perspectiva del Dret del refugi i dels drets humans, es va convertir, com expressa Gregor Noll en un *bumerang* per als estats quan alguns jutges nacionals i el mateix Tribunal europeu de drets humans van posar en qüestió el sistema de transferències de la funció d'asil del sistema de Dublín<sup>187</sup>. La legitimitat del sistema va passar a recolzar-se en la utilització de la clàusula de sobirania que permet als estats concedir asil malgrat no ser responsables de la demanda segons els criteris del

---

<sup>185</sup> Sobre la dificultat d'establir la *seguretat* d'un estat, Guy S. Goodwin-Gill, "Safe Country? Says Who?", *IJRL*, vol. 4, núm. 2, 1992, pàgs. 248-250; Morten Kjaerum, "The Concept of Country of First Asylum", *loc. cit.*, pàgs. 514-530.

<sup>186</sup> ExCOM Programa de l'Alta Comissaria (50<sup>e</sup> període de sessions), *Nota sobre protecció internacional*, A/AC.96/914, 7 de juliol de 1999, §20.

<sup>187</sup> Gregor Noll, "Formalism v. Empiricism: Some Reflections on the Dublin Convention on the Occasion of Recent European Case Law", *NJIL*, vol. 70, núm. 1, 2001, pàg. 162.

sistema, quan la tramesa del demandant fos contrària a les regles internacionals que el protegeixen, especialment, el *non-refoulement* directe i indirecte, que inclou la protecció contra la tortura.

*c. Els estats dels sistema Dublín com a estats no (sempre) segurs per als altres estats del mateix sistema: el cas Adan, Subaskaran & Aitseguer o el sistema Dublín com a una qüestió d'internacional comity*

356. En el cas *Adan, Subaskaran & Aitseguer* la Court of Appeal del Regne Unit va haver d'establir si la República federal d'Alemanya i França eren estats segurs cap on es podien trametre els demandants d'asil en aplicació del Conveni de Dublín. Lul Adam era una dona somali pertanyent a una minoria del país, membres de la qual havien estat assassinats per un altre sector de la societat, que havia estat segrestada, i que temia patir persecució en el futur si tornava al seu país. Va demanar asil a la República Federal i li va ser refusat perquè la persecució no era atribuïble a l'estat. Hamid Aitseguer era un ciutadà algerià que abans d'arribar al Regne Unit havia passat per França i que temia patir persecució per part de grups islamites fonamentalistes. Sittampalan Subaskaran era un tamil de Sri Lanka que temia ser perseguit per un grup insurgent anomenat els *Tamil Tigers* (LTTE), a qui va ser refusat asil a la República Federal d'Alemanya.

A diferència de França i Alemanya, que aplicaven la teoria de la responsabilitat, la jurisprudència del Regne Unit, com s'ha vist al Capítol III, aplica la teoria de la protecció que no té en compte si l'agent de la persecució és estatal o no, ni si la persecució es dona o hi ha temor que es doni en un context de *failed state*. Abans d'aquest cas, a més, els tribunals britànics exigien, d'acord amb la normativa, que el *Secretary of State*, abans de procedir a un allunyament d'un demandant d'asil cap un tercer estat, s'assegurés: en primer lloc, que l'estat de destí no només era part de la Convenció de Ginebra, sinó que *a la pràctica* complia amb les seves obligacions; en segon lloc, que la seva aproximació a la qüestió dels refugiats estava dins de les que un estat actuant de bona fe podia fer en aplicar la Convenció de Ginebra; i, en tercer lloc, que no hi havia un risc real que l'estat de destí enviaria el demandant cap un altre estat violant la Convenció de Ginebra, és a dir, que no s'estaria produint un *refoulement* indirecte.

La qüestió que calia que la *Court of Appeal* establís era, així, si, tenint en compte que França i Alemanya aplicaven la teoria de la responsabilitat, podien de tota manera ser considerats estats segurs, i si podien executar-se les ordres d'allunyament a aquests països de demandants d'asil d'acord amb el Conveni de Dublín, malgrat la probabilitat que no hi fossin admesos per beneficiar-hi de protecció.

La *Court of Appeal* va considerar que, certament, hi havia tot un conjunt de qüestions que entraven dins d'una *gamma de possibles interpretacions* igualment aptes per aplicar la Convenció de Ginebra, com la qüestió de la gravetat del maltractament que constitueix *persecució*, si un conjunt de pràctiques i creences constitueixen *religió* en el sentit de l'article 1 de la Convenció, o d'altres. La qüestió de l'abast personal de la protecció que ofereix la Convenció de Ginebra amb la categoria de refugiat, però, no era una d'aquestes qüestions, sinó una qüestió *de dret*. Per a la *Court of Appeal*:

*Si un estat part adopta una posició sobre una qüestió de dret diferent de la interpretació veritable [true interpretation], i actua d'acord amb ella, no pot ser vist com a un tercer país segur: no només perquè el test del risc real s'incompleix (tot i que certament ho fa) sinó perquè en el cas concret la Convenció no seria aplicada*<sup>188</sup>.

Per a la *Court of Appeal*, l'essència de la protecció de la Convenció és en l'article 1, quan es defineix el terme *refugiat*, i en l'article 33, quan s'estableix el *non-refoulement*; i l'abast de la definició és una qüestió *de dret*, no *de fet*. Si això no fos així, la protecció oferta per la Convenció estaria *de fet reduïda a un exercici discrecional per part dels estats parts*<sup>189</sup>.

357. En l'apel·lació de la sentència, la *House of Lords* va refermar la idea que la definició de refugiat tenia una interpretació autònoma correcta, un significat internacional (*international meaning*)<sup>190</sup> però, com ha assenyalat Jennifer Moore, també va acarar la qüestió de fons, que era si en el Regne Unit, basant-se en el principi de la protecció, estava prohibit enviar refugiats a estats que aplicaven la posició de la responsabilitat. La resposta va ser afirmativa<sup>191</sup>.

El Lord Hobhouse of Woodborough va fins i tot criticar la posició més feble defensada per altres jutges en afers precedents, sobre que només si la interpretació aplicada en altres estats fos *clarament inconsistent amb el significat internacional* es podria dir que les decisions d'altres tribunals en altres estats comporten una violació de la Convenció. Per a Lord Hobhouse of Woodborough, això significaria reduir el compliment de normes que obliguen al Regne Unit a una qüestió d'*international comity*, i del què es tracta, és de complir el dret i no de no fer-ho si no és *manifest* que un altre estat del sistema Dublín no ho fa, únicament per permetre aplicar el sistema:

---

<sup>188</sup> Court of Appeal, Civil Division (Regne Unit), sentència de 23 de juliol de 1999, afer *R. versus Secretary of State for the Home Department, ex parte Adan; R. versus Secretary of State for the Home Department, ex parte Subaskaran; R. versus Secretary of State for the Home Department, ex parte Aitseguer*, *IJRL*, vol. 11, núm. 4, 1999, pàg. 722.

<sup>189</sup> *Ibidem*, pàg. 722.

<sup>190</sup> House of Lords (Regne Unit), sentència de 19 de desembre de 2000, afer *R. versus Secretary of State for the Home Department, ex parte Adan; R. versus Secretary of State for the Home Department, ex parte Aitseguer*, *IJRL*, vol. 13, núm. 1/2, 2001, pàg. 227.

<sup>191</sup> Jennifer Moore, "Whiter the Accountability Theory: Second-Class Status for Third-Party Refugees as a Treat to International Refugee Protection", *IJRL*, vol. 13, núm. 1/2, 2001, pàg. 43.

*La qüestió no és una qüestió de comity sinó una qüestió sobre la satisfacció de les condicions establertes a la Llei de 1996, en tant que matèria de dret anglès, abans que el Secretary of State pugui, sota el dret anglès, ordenar l'allunyament del demandant d'asil sense primer haver establert si és o no un refugiat. En termes de la Convenció, és una qüestió sobre el compliment per part del Regne Unit de les seves obligacions d'acord amb l'article 33 (...)*<sup>192</sup>.

Els Lords Steyn i Hutton, van expressar opinions referides a la igual il·legitimitat de procedir a un *refoulement* indirecte que fer-lo directament a l'estat respecte del qual es tem patir persecució. El primer, per exemple, recorda que *és un principi que existeix des de fa molt de temps del dret anglès que si seria il·legítim retornar un demandant d'asil directament al seu país d'origen on estaria sotmès a persecució (...) seria igualment il·legítim retornar-lo a un tercer estat que se sap que el retornarà al seu país d'origen*<sup>193</sup>. Per a Lord Hutton *un demandant d'asil té la protecció de l'article 33 (de la Convenció de Ginebra) independentment de que l'estat en el territori del qual tem patir persecució no és còmplice en aquesta persecució*<sup>194</sup>. Aquesta constatació va fer que també Lord Hutton refusés l'argument del *Secretary of State* sobre que no aplicar en aquests casos la Convenció de Dublín aniria en contra de la *internacional comity* perquè, en definitiva, s'estaria qüestionant la validesa de les normatives i pràctiques internes de dos estats estrangers, França i Alemanya. Per a Lord Hutton, la qüestió no podia ser aquesta, sinó, únicament si, d'acord amb el dret anglès, el *Secretary of State* podia *legítimament* decidir allunyar un demandant d'asil del Regne Unit<sup>195</sup>.

Certament, com la doctrina ha destacat, la posició que defensava el *Secretary of State*, en definitiva, comportava evitar que el Regne Unit es convertís un estat més favorable als demandants d'asil en una situació de *forum shopping*; però aquest argument no pot comportar, com van establir els tribunals, una aplicació *injusta* de la Convenció de Ginebra<sup>196</sup>.

### C. INCIDÈNCIA DE L'ORDRE PÚBLIC EUROPEU DE PROTECCIÓ DELS DRETS HUMANS EN L'ENTRADA I L'ADMISSIÓ DELS DEMANDANTS D'ASIL A EUROPA

---

<sup>192</sup> House of Lords (Regne Unit), sentència de 19 de desembre de 2000, afer *R. versus Secretary of State for the Home Department, ex parte Adan; R. versus Secretary of State for the Home Department, ex parte Aitseguer, loc. cit.*, pàg. 228 (“its obligations” en el text original)

<sup>193</sup> *Ibidem*, pàg. 211.

<sup>194</sup> *Ibidem*, pàg. 223.

<sup>195</sup> *Ibidem*, pàg. 222.

<sup>196</sup> Timothy Endicott, “‘International Meaning’: Comity in Fundamental Rights Adjudication”, *IJRL*, vol. 13, núm. 3, 2001, pàgs. 291-292.

358. L'expansió de la protecció internacional dels drets humans i les llibertats fonamentals que ha tingut lloc durant la segona meitat del segle XX ha tingut una expressió específica en l'entorn europeu, on s'ha desenvolupat un *ordre públic europeu* dels drets humans. La configuració d'aquest ordre ha estat especialment liderat pel sistema europeu de protecció dels drets humans del Consell d'Europa, a través de les accions dels seus òrgans de garantia<sup>197</sup>, però s'ha format amb la interacció amb els òrgans jurisdiccionals dels estats parts i, també, amb la participació creixent del Tribunal de Justícia de les Comunitats europees<sup>198</sup>. Aquest darrer ha anat desenvolupant des de finals dels anys seixanta un sistema de protecció dels drets humans que parteix precisament de la idea que aquests són part integrant dels principis generals comuns dels estats membres i de la Unió.

Aquest ordre públic, amb perspectives d'enfortiment amb la Carta dels drets fonamentals de la Unió (que reconeix expressament el dret d'asil, d'acord amb la Convenció de Ginebra i el Protocol de Nova York), suposa un marc de referència alhora que un límit a les accions dels estats i de la Unió Europea en l'àmbit de l'asil. Aquest ordre públic europeu dels drets humans ha incidit de manera important en el desenvolupament de la prohibició de *non-refoulement* expressada a la Convenció de Ginebra, com s'ha vist en els Capítols I i VII i, sobretot, ha suposat un límit important als allunyaments dels demandants d'asil que havien arribat a gaudir d'un primer asil provisional, fins i tot, malgrat no haver arribat a ser admesos formalment en el territori. A aquesta qüestió es dedicaran els darrers capítols de la tercera part d'aquest treball.

La configuració d'un ordre públic europeu dels drets humans es projecta també en el moment de l'entrada, l'admissió i l'accés a una protecció o asil provisional per part dels demandants d'asil. La no admissió en el territori pot suposar, especialment, una vulneració del principi de la unitat familiar, expressat a l'article 8 del Conveni europeu per a la protecció dels drets humans i de les llibertats fonamentals; i/o una vulneració del dret a la dignitat expressat a l'article 3, que es configura com un dret absolut de la persona. Poques han estat les ocasions en què la situació d'un demandant de protecció ha arribat als òrgans de garantia del Conveni europeu i, per raons, competencials, en cap ocasió el Tribunal de Justícia ha examinat un cas d'aquestes característiques. Malgrat això, la Comissió i el Tribunal europeu de drets humans han resolt casos on es plantejava la legitimitat del refús d'entrada en funció d'aquests dos drets, en situacions anàlogues a les que podrien protagonitzar demandants d'asil.

---

<sup>197</sup> Concebut, com expressa Peter Leuprecht, com un estàndard mínim del que ha de gaudir *tothom*, sense distinció derivada de la nacionalitat. Peter Leuprecht, "Le droit d'asil en Europe", François Rigaux (ed.), *Droit d'asile*, Brussel·les: E. Story-Scientia, 1988, pàg. 73. També Jochen A. Frowein, "The European Convention on Human Rights as the Public Order of Europe", *Collected Courses of the Academy of European Law*, vol. I, llibre 2, 1990 (1992), pàgs. 267-358.

<sup>198</sup> Per a un estudi extens del concepte d'*ordre públic europeu*, Caroline Picheral, *L'ordre public européen. Droit communautaire et droit européen des droits de l'homme*, Paris: La Documentation française, 2001.

D'altra banda, el Tribunal europeu va haver de resoldre, directament, la qüestió de si la consideració dels estats membres de la Unió Europea com a estats segurs en el context de l'aplicació del Conveni de Dublín podia ser considerat, en determinats casos, contrari al Conveni europeu, en el cas *TI* contra el Regne Unit.

### 1. La contribució del Consell d'Europa a la configuració d'un ordre públic europeu dels drets humans aplicable a l'accés a un asil provisional

359. En el Consell d'Europa, l'objectiu general de garantir el respecte dels drets humans ha fet que tant el Comitè de ministres com l'Assemblea parlamentària hagin emès actes no obligatoris que es refereixen directament o indirecta al dret d'asil i a garanties dels demandants d'asil relatives a l'accés al territori d'un potencial estat d'acollida<sup>199</sup>. Entre aquests destaquen, pel que fa al primer, la Resolució 14 (1967) del Comitè de ministres *Asil en favor de les persones amenaçades de persecució*, on s'encoratja els governs dels estats membres del Consell d'Europa a

*assegurar-se que ningú no sigui objecte d'un refús d'admissió a la frontera, refús, expulsió o tota altra mesura que tindria per efecte obligar la persona a retornar o a restar en un territori on estaria amenaçat de persecucions degut a la seva raça, religió, nacionalitat, pertinença a un cert grup social o opinions polítiques*<sup>200</sup>.

Per un altre costat, la *Declaració relativa a l'asil territorial*, adoptada el 18 de novembre de 1977 estableix que

---

<sup>199</sup> En general, tracten el desenvolupament de la promoció de la protecció dels drets humans en les persones dels refugiats i els demandants d'asil, i també en el context dels drets dels estrangers en el marc del Consell d'Europa, Marc Bossuyt, "Overview of Council of Europe Standards on the Status of Aliens, Including Refugees and Asylum-Seekers", *Polish Yearbook of International Law*, vol. XXII, 1995-1996, pàgs. 40-47; Frits W. Hondius, "The last frontier: free movement of persons in greater Europe. The role of the Council of Europe", Henry G. Schermers et al. (eds.), *Free Movement of Persons in Europe. Legal problems and Experiences*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1993, pàgs. 162-165; Karin Oellers-Frahm, "The Contribution of the Council of Europe to the Legal Position of Aliens", Jochen A. Frowein, Torsten Stein (hrgs.), *Die Rechtsstellung von Ausländern nach staatlichem Recht und Völkerrecht*, Springer Verlag Berlin: Max Planck Institute, 1987, pàgs. 1757-1770; A.H. Robertson, "The promotion of Human Rights by the Council of Europe", *RDH*, vol. VIII, núms. 2-3, 1975, pàgs. 549-552; Marie-Odile Wiederkehr, "Audition du 11 juin 1992. Commission des Libertés publiques et des Affaires intérieures du Parlement Européen", Strasbourg: Consell d'Europa, pàgs. 2-3; *idem.*, "L'oeuvre du Conseil de l'Europe dans le domaine du droit d'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.

<sup>200</sup> Comité de Ministres, *Résolution (67) 14 sur l'asile en faveur des personnes menacées de persécution, de 29 de juny de 1969*, § 2, *Récueil de Traités et autres textes de droit international concernant les réfugiés et les personnes déplacées*, vol II, *op. cit.*, LXII, pàgs. 445-446. La importància d'aquest text i, en particular del paràgraf segon transcrit, ha estat posada de manifest tenint en compte que el no reconeixement d'un dret subjectiu a l'asil *est d'autant plus regrettable qu'elle ajoute encore au caractère extrêmement précaire de la situation dans laquelle se trouve un réfugié lorsqu'il se présente à la frontière du pays sur le territoire duquel il cherche refuge; c'est précisément le moment le plus délicat et le plus vulnérable de sa "carrière" de réfugié qu'il vient, seulement, à cet instant, de commencer*. Hans Wiebringhaus, "Le droit d'asile en Europe", *AFDI*, vol. XIII, 1967, pàg. 568 i 573.

*els estats membres del Consell d'Europa, parts en la Convenció 1951 relativa a l'estatut dels refugiats, reafirmen el seu dret d'atorgar asil a tothom qui, tement amb raó ser perseguit degut a la seva raça, religió, nacionalitat, pertinença a un cert grup social o opinions polítiques, reuneix també les altres condicions requerides per beneficiar-se d'aquesta Convenció, així com a qualsevol altra persona que considerin dignes de rebre asil per raons humanitàries*<sup>201</sup>.

I a la Recomanació R (84) 1 *relativa a la protecció de persones que reuneixen les condicions de la Convenció de Ginebra que no han estat formalment reconegudes com a refugiats* es considera que el principi de *non-refoulement* és reconegut com a principi general aplicable a tothom, i es diu que, tenint present el Conveni europeu de drets humans, en particular l'article 3, els governs dels estats membres han d'assegurar-se que

*el principi segons el qual cap persona no hauria de ser objecte d'un refús d'admissió a la frontera, d'un refoulement, d'una expulsió o de qualsevol altra mesura que tinguis per efecte obligar-la a retornar o a restar en un territori on tem amb raó ser perseguit degut a la seva raça, religió, nacionalitat, pertinença a un cert grup social o opinions polítiques, sigui aplicat independentment del fet que aquesta persona hagi estat o no reconeguda com a refugiat segons la Convenció sobre l'estatut dels refugiats de 28 de juliol de 1951 i el Protocol de 31 de gener de 1967*<sup>202</sup>.

Aquest últim text, si bé expressa una posició favorable a entendre que la regla de *non-refoulement* abasta també a persones no reconegudes com a refugiats, no arriba a qualificar-la de prohibició absoluta perquè la fa dependre d'una qualificació prèvia de la persona en relació a les excepcions previstes a l'article 33§2 de la Convenció de Ginebra. El Tribunal europeu supera aquesta visió restringida, pel que fa a la garantia contra el refús que es deriva de l'article 3 del Conveni europeu<sup>203</sup>. En la conformació d'un ordre públic ha estat especialment important l'ampliació de l'àmbit d'aplicació d'aquest article a les mesures d'allunyament, que ha fet que ja no només disposi un dret subjectiu de les persones i entre elles els demandants d'asil, sinó que també compleixi una *funció objectiva de principi rector de l'activitat de l'estat* i sigui un *element constitutiu de l'ordre públic europeu*<sup>204</sup>.

---

<sup>201</sup> Comité de Ministres, *Déclaration relative à l'asile territorial, adoptada el 18 de novembre de 1977 (278 reunió delegats dels ministres), Recueil de Traités et autres textes de droit international concernant les réfugiés et les personnes déplacées*, vol II, *op. cit.*, LXIII, pàg. 447. En aquesta declaració es reafirma també que l'atorgament d'asil territorial és un acte *pacífic i humanitari* que no pot ser considerat *inamical* respecte un altre estat i que hauria de ser respectat per tots els altres estats.

<sup>202</sup> *Recommandation R (1984) 1 du Comité des Ministres aux États membres relative à la protection des personnes remplissant les conditions de la Convention de Genève qui ne sont pas formellement reconnues comme réfugiés, de 25 de gener de 1984, Recueil de traités et autres textes de droit international concernant les réfugiés et les personnes déplacées*, vol. II, *op. cit.*, LXXII, pàgs. 463-464.

<sup>203</sup> *Infra*, Capítol XV §628.

<sup>204</sup> Frédéric Sudre, "Le renouveau jurisprudentiel de la protection des étrangers par l'article 3 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. 72.

360. En termes generals, el Conveni europeu no garanteix als demandants d'asil un dret d'accedir al territori d'un estat part ni de ser-hi admès<sup>205</sup>. Tot i això, en funció de la situació en què es troben, els demandants d'asil poden gaudir dels drets del Conveni en relació a la seva entrada en un dels estats parts. En relació al Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics el Comitè de drets humans es referia a aquests efectes en els termes següents:

*El Pacte no reconeix el dret dels estrangers d'entrar o residir en el territori d'un estat part. És en principi una qüestió que pertany a l'estat decidir qui admetrà en el seu territori. Malgrat això, en certes circumstàncies un estranger pot gaudir de la protecció del Pacte fins i tot en relació amb l'entrada o la residència, per exemple, quan sorgeixen consideracions sobre no discriminació, prohibició de tractament inhumà i respecte de la vida familiar<sup>206</sup>.*

En el sistema europeu del Consell d'Europa no hi ha un reconeixement anàleg explícit d'aquests efectes, però igualment es deriven de l'aplicació del Conveni per part dels òrgans de garantia, la Comissió i el Tribunal europeus.

Com a qüestió de principi, tant el Tribunal europeu<sup>207</sup> com la Comissió<sup>208</sup> han reconegut en moltes ocasions, que *els estats contractants tenen, en virtut d'un principi de dret internacional ben establert, i sens perjudici de compromisos que es derivin per a ells de tractats internacionals, inclòs del Conveni, el dret de controlar l'entrada, l'estada i l'allunyament dels no nacionals.*

Pel que fa a la qüestió de l'asil, també han fet explícit que *ni el Conveni, ni els seus Protocols no consagren el dret a l'asil polític<sup>209</sup>*. Malgrat això, tant la Comissió com el

---

<sup>205</sup> En principi, com que el Conveni no reconeix als estrangers el dret de penetrar en el territori d'un país, cal que satisfacin les condicions que cada reglamentació nacional o textos convencionals posin. Gérard Cohen-Jonathan, "Convention européenne des droits de l'homme. Droits garantis. Libertés de la personne physique", *Juris-Classeur EUROPE Editions Techniques*, fascicle 6520-9, 1992, §107-108, pàgs. 23-24.

<sup>206</sup> Comitè de Drets humans, *General Comment 15. The position of aliens under the Covenant (Twenty-seventh session, 1986)*, HRI/GEN/1/Rev.1 at 18, 1986, *Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies*, 29 Juliol 1994, §5.

<sup>207</sup> TEDH, sentència de 28 de maig de 1985, afers *Abdulaziz, Cabales et Balkandali v. The United Kingdom*, núms. 9214/80, 9473/81, 9474/81, §67 (en relació a la potestat dels estats per determinar les condicions d'accés dels estrangers al territori); sentència de 21 de juny de 1988, afer *Berrehab v. The Netherlands*, núm. 10730/84, §28-29; sentència de 18 de febrer de 1991, afer *Moustaquim c. Belgique*, núm. 12313/86, §43; sentència de 30 d'octubre de 1991, afers *Vilvarajah and others v. The United Kingdom*, núms. 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87, 13448/87, § 102; sentència de 15 de novembre de 1996, afer *Chahal v. The United Kingdom*, núms. 22414/93, §73; sentència de 17 de desembre de 1996, afer *Ahmed v. Austria*, núm. 25964/94, §38; sentència de 29 d'abril de 1997, afer *HLR c. France*, núm. 24573/94, §33; sentència de 2 de maig de 1997, afer *D. v. The United Kingdom*, núm. 30240/96, §46.

<sup>208</sup> Informe de 7 de desembre de 1995, afer *HLR c. France*, núm. 24573/94, §38; informe de 9 de març de 1998, afer *B.B. c. France*, núm. 30930/96, §51. I, CsseDH, decisió sobre admissibilitat de 26 d'octubre de 1995, afer *A.G. and others v. Sweden*, núm. 27776/95; decisió sobre admissibilitat de 12 de gener de 1998, afer *Iruetagoiena c. France*, núm. 32829/96.

<sup>209</sup> TEDH, sentència de 30 d'octubre de 1991, afers *Vilvarajah and others v. The United Kingdom*, núms. 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87, 13448/87, §102; CsseDH, informe de 7 de desembre de 1995, afer *HLR c. France*, núm. 24573/94, §38; TEDH, sentència de 15 de novembre de 1996, afer



Tribunal han considerat que calia examinar si, en algun cas, la situació en què es trobaven determinats demandants d'asil comportava per a l'estat una obligació en virtut del Conveni europeu de no impedir-ne l'accés al territori, tolerar-ne l'estada, o no procedir al seu allunyament<sup>210</sup>. L'asil es beneficia així, d'un *efecte reflex* del Conveni europeu<sup>211</sup>.

Per a François Julien-Laferrière, els òrgans de garantia europeus han invertit les dades de la qüestió plantejant el principi que *si el Conveni europeu de drets humans no garanteix en absolut el dret d'accés dels estrangers o el dret a romandre en el territori d'un estat part, prohibeix, al contrari, que un dret garantit pel Conveni sigui afectat, "de retruc", en el moment d'executar una mesura d'allunyament*<sup>212</sup>. Quan l'allunyament es produeix abans que la persona hagi tingut accés al territori de l'estat d'asil i, per tant, abans que hagi pogut gaudir d'una mínima protecció provisional, el fet que els estats no puguin executar, en determinades circumstàncies, mesures d'allunyament duu com a conseqüència el dret d'entrar en el territori de l'estat, que constituirà asil provisional en el cas de les persones necessitades de protecció.

## 2. El fonament de l'aplicabilitat del Conveni europeu als demandants d'asil: el principi de no discriminació

361. Pel que fa a la situació de les persones estrangeres que estan sota la jurisdicció d'un estat part, el Conveni europeu reposa en el principi de no discriminació per raó de nacionalitat<sup>213</sup>. Les excepcions a aquest principi, en tot cas, han de ser previstes expressament<sup>214</sup>. Aquest principi no condueix a una assimilació de l'estatut dels estrangers i

---

*Chahal v. The United Kingdom*, núm. 22414/93, §73; TEDH, sentència de 17 de desembre de 1996, afer *Ahmed v. Austria*, núm. 25964/94, §38.

<sup>210</sup> En aquest sentit, en una decisió de 15 de desembre de 1969, la Comissió europea de drets humans, va posar en relleu que (...) *si, en effet, la matière de l'expulsion et du droit d'asile ne compte pas, par elle-même au nom de celles que régit la Convention, les Etats n'en ont pas moins accepté de restreindre le libre exercice des pouvoirs que leur confère le droit international général, y compris celui de contrôler l'entrée et la sortie des étrangers, dans la mesure et la limite des obligations qu'ils ont assumées en vertu de la Convention (...)*. CsseEDH, decisió de 15 de desembre de 1969, afer *X. contre République Fédérale d'Allemagne*, núm. 3745/68, §3 (*En Dret*).

<sup>211</sup> Frédéric Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme*, 3<sup>a</sup> ed., Paris: PUF, 1997, pàg. 268.

<sup>212</sup> Henri Labayle, "L'éloignement des étrangers devant la Cour européenne des droits de l'homme", *RFDA*, vol. 13, núm. 5, 1997, pàg. 977.

<sup>213</sup> L'article 14 del CEDH reconeix expressament que el gaudi dels drets i llibertats del Conveni s'ha de fer sense cap distinció entre les persones. Sobre la importància d'aquest principi en el Conveni, Yves Madiot, "Un statut européen de l'étranger dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme", *La condition juridique de l'étranger, hier et aujourd'hui. Actes du Colloque organisé à Nimègue les 9-11 mai 1988 par les Facultés de Droit de Poitiers et de Nimègue*, Nijmegen: Faculteit der Rechtsgeleerdheid i-Katholieke Universiteit Nijmegen, 1988, pàgs. 41-47.

<sup>214</sup> En aquest sentit, l'article 16, per exemple, constitueix una excepció a l'aplicabilitat general del Conveni: *Ninguna de las disposiciones de los artículos 10, 11, y 14 podrá ser considerada como dirigida*

els nacionals dels estats parts ja que, d'acord amb una norma consolidada de dret internacional públic no es pot impedir l'entrada ni expulsar ningú del territori de l'estat d'on una persona és nacional, i el Conveni europeu no estén aquesta garantia als estrangers.

El fet que persones estrangeres com els demandants d'asil estiguin sota la jurisdicció d'un estat part en el Conveni fa que també gaudeixin de les garanties i drets que en resulten, si no se'ls exclou expressament. Aquest és el cas, per exemple, de la protecció de les persones contra exposicions forçoses (via retorn, allunyament o expulsió) a riscos de patir persecució, tractaments que vulneren els estàndards de drets humans, o contra els mateixos actes d'allunyament si, per algun motiu, l'acció és per ella mateixa considerada tortura o tractament inhumà o degradant<sup>215</sup>.

La protecció del Conveni, tal com ha estat interpretat pel Tribunal europeu beneficia a les persones estrangeres que es troben *de fet* en el territori d'un dels estats, encara que il·legalment i, fins i tot, a les persones respecte de les quals no es reconeix la presència en el territori pel fet d'una entrada il·legal<sup>216</sup>. La jurisdicció de l'estat als efectes de l'aplicació del Conveni europeu, com s'ha vist al Capítol VI abasta situacions que van més enllà de la voluntat dels estats, per a la qual cosa, també beneficia els demandants d'asil que no han arribat a penetrar en el territori de l'estat part, o respecte de qui l'estat no reconeix tenir autoritat. Aquest fet, de retruc i, a la pràctica, comporta un *dret d'accés* al territori i de permanència en ell en condicions mínimes de dignitat, una *protecció provisional*, al menys durant el període necessari per a l'examen de la demanda d'asil, que constitueix un deure de l'estat en relació a l'individu.

### 3. El respecte de la unitat familiar com a fonament d'un suposat dret d'entrar en un país d'asil

#### *a. El principi del respecte de la unitat familiar*

---

a prohibir a la Altas Partes Contratantes imponer restricciones a la actividad política de los extranjeros.

<sup>215</sup> Sobre aquesta qüestió Richard Plender, Nuala Mole, "Beyond the Geneva Convention: constructing a *de facto* right of asylum from international human rights instruments", Frances Nicholson, Patrick Twomey (ed.), *Refugee. Rights and Realities. Evolving International Concepts and Regimes*, Cambridge: Cambridge University Press, 1999, pàgs. 81-105.

<sup>216</sup> En un afer de 1997, el TEDH va refermar un cop més que en afers que es refereixen a extradició, expulsió o *refoulement* de persones cap a països tercers, l'article 3 prohibeix en termes absoluts la tortura o les penes o tractaments inhumans o degradants, (q)u'il soit ou non entré sur le territoire britannique au sens technique du terme, le fait est qu'il s'y trouve physiquement, et relève donc de la juridiction de l'État défendeur au sens de l'article 1(...) Il appartient ainsi à l'État défendeur de garantir au requérant les droits énoncés à l'article 3 quelle que soit la gravité de l'infraction qu'il a commise. TEDH, sentència de 2 de maig de 1997, afer *D. v. The United Kingdom*, núm. 30240/96, §48. Només en casos aïllats s'han expressat opinions contràries a aquesta doctrina segons la qual persones no admeses són considerades sota la jurisdicció, perquè això *neutralitzaria* la potestat dels estats de no admetre persones en el seu territori, i podria crear situacions insostenibles en cas de migracions *en massa*. Opinió separada L. Loucaides, en l'informe de la CSEDH de 5 de setembre de 1991, afer *V. et P. c. France*, demandes núms. 17550/90 i 17825/91.

362. La Convenció de Ginebra, d'acord amb la perspectiva individual que aplica en la de protecció dels refugiats, no preveu cap disposició relativa a la preservació de la unitat de la família dels refugiats. Únicament l'Acta Final de la Conferència que la va adoptar va fer una recomanació respecte del *dret essencial* a la unitat de la família<sup>217</sup>; i l'ACNUR, en repetides ocasions, ha manifestat que el principi de la unitat de la família reconegut en diversos instruments per a la protecció dels drets humans també havia de ser aplicat pels estats al cas dels refugiats<sup>218</sup>. En el *Manual de procediments*, per exemple, s'estableix que quan el cap de família satisfà els criteris de la definició de refugiat els membres de la família que estiguin a càrrec seu haurien de ser reconeguts també com a refugiats, i que el principi de la unitat de família també regeix situacions en què la família es troba temporalment separada després de fugir un o altre dels seus membres<sup>219</sup>.

En el context europeu, la Directiva 2003/86 del Consell de 22 de setembre de 2003 *sobre el dret a la reagrupació familiar*, estableix que s'aplicarà a les persones estrangeres que han obtingut un permís de residència d'almenys un any (per tant, a les persones a qui s'ha reconegut l'estatut de refugiat i concedit asil, en les condicions de la Directiva 2004/83/CE); però s'exclou expressament la seva aplicació als demandants d'asil, entenent-se per aquests, les persones que demanen que se'ls reconegui la qualitat de refugiats<sup>220</sup>.

---

<sup>217</sup> *La Conférence, /Considérant que l'unité de la famille, cet élément naturel et fondamental de la société, est un droit essentiel du réfugié, et que cette unité est constamment menacée, et /Constatant avec satisfaction que, d'après le commentaire officiel du Comité spécial de l'apatridie et des problèmes connexes les droits de réfugié sont étendus aux membres de sa famille, /Recommande aux Gouvernements de prendre les mesures nécessaires pour la protection de la famille du réfugié et en particulier pour: (1) Assurer le maintien de l'unité de la famille du réfugié, notamment dans le cas où le chef de la famille a réuni les conditions voulues pour son admission dans un pays; / (2) Assurer la protection des réfugiés mineurs, notamment des enfants isolés et des jeunes filles, spécialement en ce qui concerne la tutelle et l'adoption. Acte final de la Conférence de plénipotentiaires des Nations Unies sur le statut des réfugiés et des apatrides, A/CONF.2/1, reproduïda a ACNUR, *Convention et Protocole relatifs au statut des réfugiés*, HCR/PI/CONV-FR1.IND2/NOVEMBRE 2004, Ginebra: ACNUR-Service d'Information, 2004, pàgs 12-13/54.*

<sup>218</sup> ACNUR, *Conclusió N° 9 (XXVI) regroupement des familles; Conclusió N° 24 (XXXII) regroupement des familles; N° 88 (L) sur la protection de la famille du réfugié*. Les referències són genèriques a la unitat familiar dels refugiats i no s'especifica el cas dels demandants d'asil, tot i que cal entendre que els inclou, quan la demanda es basa en aquest estatut, pels efectes declaratius del reconeixement d'una persona com a refugiat.

<sup>219</sup> 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/1P/4/FRE/REV.1, Ginebra: ACNUR, 1979 (reedició de 1992), §181-188.

<sup>220</sup> *Directiva 2003/86/CE del Consejo de 22 de septiembre de 2003 sobre el derecho a la reagrupación familiar*, DOUE de 3 d'octubre 2003, N° L 251/14, article 3§2 a). Tampoc hi tenen dret els beneficiaris d'una protecció subsidiària. *Ididem*, article 3§2 c). Sobre el dret al reagrupament familiar dels nacionals de països tercers, José Manuel Cortés Martín, "Immigration et regroupement familial dans l'Union européenne: un droit à géométrie variable?", *RDUE*, núm. 4, 2005, pàgs. 743-757.

Com exposen Kate Jastram i Kathleen Newland, mentre una demanda d'asil no ha estat decidida és difícil establir on un demandant d'asil podrà beneficiar del dret a la unitat familiar o de la reagrupació familiar. *Si els sistemes de determinació d'asil fossin ràpids i eficients, aquesta dificultat causaria pocs problemes, però els sistemes d'asil són manifestament no ràpids ni eficients i la llargària dels procediments en molts estats causen privacions enormes, especialment quan els infants estan apartats dels seus pares*<sup>221</sup>.

Per això, l'Assemblea parlamentària del Consell d'Europa ha demanat als estats parts que permetin als membres d'una família estar reunits *des de l'estadi de determinació de l'estatut de refugiat, ja que, a vegades, dura molt de temps*<sup>222</sup>. De fet, el sistema de Dublín, especialment el reglament de 2003, permetria preservar el principi de la unitat familiar dels demandants d'asil, en la mesura que és el primer criteri que cal tenir en compte per determinar l'estat que exercirà la funció d'asil entre els estats membres. Malgrat això, no sempre s'ha reconegut en els estats el drets de les famílies de restar unides mentre esperen la resolució de les demandes d'asil i, com s'ha vist, el sistema no exclou la tramesa de demandants d'asil a *tercers estats segurs* fora del sistema Dublín, la qual cosa únicament assegura la unitat familiar dels demandants d'asil que no poden ser allunyats a tercers estats segurs.

*b. El benefici limitat d'un dret de reagrupament familiar dels demandants d'asil en virtut del Conveni europeu*

363. El Conveni europeu per a la protecció dels drets humans tampoc contempla expressament un dret al reagrupament familiar que garanteixi que els demandants d'asil amb família instal·lada en un estat part podran entrar en el mateix estat, ni que els membres de la família del demandant podran entrar en el territori on aquest tingui asil provisional<sup>223</sup>. El Tribunal i la Comissió europea han refusat que l'article 8 del Conveni, que estableix el respecte de la vida privada i familiar de les persones, comporti un dret de reagrupament familiar i, per tant, l'obligació dels estats d'admetre determinades persones en el territori amb aquest objectiu. No obstant, es reconeix una garantia residual per als casos en que el reagrupament sigui l'única possibilitat de garantir el manteniment de la *vida familiar*. Així,

---

<sup>221</sup> Kate Jastram, Kathleen Newland, "Family unity and refugee protection", Erika Feller, Volker Türk, Frances Nicholson (eds.), *Refugee Protection in International law. UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge: Cambridge University Press, 2003, pàg. 590.

<sup>222</sup> Assemblea Parlamentària del Consell d'Europa, *Recommandation 1327 (1997) relative à la protection et au renforcement des droits de l'homme des réfugiés et des demandeurs d'asile en Europe*, adoptada el 24 d'abril de 1997, *ACEDH.YECHR*, vol. 40-II, 1997, § 8.vii.p.

<sup>223</sup> Luis Silveira, "The admission of aliens to the territory of the host country and their residence here", Council of Europe, *Human rights of aliens in Europe (Proceedings of the colloquy Funchal-Madeira 17-19 October 1983)*, Dordrecht/Boston/Lancaster: Martinus Nijhoff Publishers, 1985, pàg. 115; Frédéric Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme*, op. cit., pàgs. 270-271.

tot i no conferir directament un dret al reagrupament familiar, el Conveni europeu constitueix una garantia del principi de la unitat familiar dels demandants d'asil, quan es donen determinades circumstàncies<sup>224</sup>.

Els òrgans de garantia del Conveni europeu estableixen un equilibri variable entre dos pressupòsits bàsics: el dret d'entrar i restar en un país no és garantit pel Conveni, i els estats han d'exercir el control de la immigració de manera compatible amb els drets i garanties previstos en el Conveni europeu<sup>225</sup>. El dret a una vida familiar pot comportar un dret d'entrada en el territori si és necessari per recuperar la *unitat familiar*, o bé un dret d'estada, si del que es tracta és de mantenir el grup familiar<sup>226</sup>.

En cap cas s'ha arribat a plantejar davant del Tribunal europeu de drets humans el cas d'un demandant d'asil que reclamés el dret d'entrar en el territori d'un estat d'asil en virtut del principi de la unitat familiar, però alguns casos relatius a situacions de persones immigrants podrien ser igualment aplicables a demandants d'asil o refugiats reconeguts. Un d'aquests casos és el cas *Abdulaziz, Cabales i Balkandali*, on no només es plantejava el dret a una vida familiar en el cas de mesures d'allunyament del territori, com acostuma a ser habitual en casos protagonitzats per persones estrangeres, sinó que també es plantejava la possible contrarietat amb el Conveni de mesures de refús d'entrada.

En els assumptes *Abdulaziz, Cabales i Balkandali*, es va al·legar una *violació virtual* de l'article 8 del Conveni pel fet que era previsible l'adopció de mesures nacionals en matèria d'immigració relatives a l'expulsió o allunyament del territori dels marits de les senyores Abdulaziz i Balkandali i, en el cas de la senyora Cabales, per l'adopció de mesures de *refús d'entrada* del seu espòs. El TEDH, en la sentència dictada per resoldre aquests assumptes el 28 de maig de 1985, va dir que l'article 8 del Conveni *pot generar obligacions positives inherents a un efectiu respecte de la vida familiar* i, per tant, que *no es pot excloure que mesures adoptades en el camp de la immigració puguin afectar el dret del respecte de la vida familiar*<sup>227</sup>. El Tribunal, finalment, també va afirmar que

---

<sup>224</sup> Fabienne Jault-Seseke, *Le regroupement familial. En droit comparé français et allemand*, Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1996, pàg. 24.

<sup>225</sup> Yves Madiot, "Un statut européen de l'étranger dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme", *loc. cit.*, pàg. 57.

<sup>226</sup> Sobre el reagrupament familiar a partir de les garanties del Conveni europeu, Cynthia S. Anderfuhren-Wayne, "Family Unity in Immigration and Refugee Matters: United States and European Approaches", *IJRL*, vol. 8, núm. 3, 1996, pàgs. 347-369; Henri Labayle, "Le droit de l'étranger à mener une vie familiale normale, lecture nationale et exigences européennes", *RFDA*, vol. 9 núm. 3, maig-juliol 1993, pàgs. 511-540; Oliver de Schutter, "Le droit au regroupement familial au croisement des ordres juridiques européens", *RDE*, núm. 90, 1996, pàgs. 544-547.

<sup>227</sup> TEDH, sentència de 28 de maig 1985, afers *Abdulaziz, Cabales et Balkandali v. The United Kingdom*, núms. 9214/80, 9473/81, 9474/81, §59-65. A la sentència es va considerar que era aplicable l'article 8 en el cas concret, perquè ni havia una *vida familiar suficient*, però no es va admetre que aquesta s'havia violat. El TEDH va considerar que en aquest cas el *principi de dret internacional* segons el qual els estats tenen dret a controlar l'entrada dels no-nacionals sobre el seu territori, s'aplicava preferentment, ja que no s'havia provat que no podien continuar la seva vida familiar en el país d'origen de les demandants o dels seus marits, ni que hi havia raons perquè no poguessin fer-ho. Segons el TEDH, l'article 8 *no pot interpretar-se com que comporta per als estats contractants l'obligació general de*

*l'abast de l'obligació per a un estat d'admetre en el seu territori els parents d'immigrats, depèn de la situació dels interessats*

De la sentència es desprèn que quan es doni una situació en que un estranger no pot viure amb la seva família en un altre país, sigui en el país d'origen o en un altre, el refús d'admetre els membres de la família d'aquest estranger constituïria un obstacle a l'exercici del dret a la vida familiar<sup>228</sup>.

Aquesta regla té incidència en l'estatut de les persones que gaudeixen d'asil en un estat part, que podran gaudir de vida familiar, en la mesura en què continuïn tenint dret a gaudir d'una protecció territorial, és a dir, mentre no puguin obtenir protecció en el país d'origen o en estat tercer<sup>229</sup>. Aquesta regla, en principi, també seria aplicable als demandants d'asil, que, seguint aquest raonament lògic de la norma, haurien de poder ser admesos en un país europeu si aquesta fos la única manera de poder gaudir d'una vida familiar, és a dir, si no hi ha un país tercer on poguessin anar.

364. En el context de la Unió Europea, malgrat tot, l'aplicabilitat pràctica de la regla únicament podria donar-se en situacions força extremes<sup>230</sup>.

Per un costat, si un demandant d'asil pretén l'entrada en un estat del sistema Dublín per gaudir del dret d'una vida familiar amb una persona que ja té asil durable o asil provisional en un estat del mateix sistema, haurà de ser-hi admesa, per garantir el dret de la persona que ja hi és present i, ho serà, en principi, en virtut del primer criteri de repartiment de la funció d'asil del mateix sistema. L'aplicació del principi de la unitat familiar en aquest cas hauria de primar per davant de la possibilitat de l'estat d'enviar a un *tercer estat segur* el demandant d'asil que, com s'ha vist, s'aplica abans que els criteris de

---

*respectar la tria que facin les parelles casades respecte del seu domicili comú i acceptar la instal·lació dels cònjuges no nacionals en el país* (§ 67-68). Malgrat tot, el TEDH va considerar que hi havia hagut una violació de l'article 14 combinat amb l'article 8, ja que l'aplicació de les normes internes sobre immigració havien suposat una discriminació basada en el sexe i no justificada de les demandants del reagrupament familiar.

<sup>228</sup> La doctrina del TEDH en el cas *Abdulaziz, Cabales et Balkandali* ha servit per a que, posteriorment, en casos en què s'invocava la violació dels articles 3 i 8 per la negació de les autoritats d'un estat de permetre l'entrada en el territori del marit d'una demandant estrangera, les autoritats revisessin la seva posició permetent l'entrada en el país. Així va ser en el cas *L. contra el Regne Unit* en què la Comissió va finalment declarar preclòs l'afer a la vista del canvi per part de les autoritats britàniques a qui es va enviar la demanda juntament amb la sentència del TEDH en el cas *Abdulaziz, Cabales et Balkandali*; CsseDH, decisió de 13 d'octubre de 1986, afer *L. v. the United Kingdom*, núm. 10042/82.

<sup>229</sup> Sara Egelund, "Les possibilités offertes par la Convention européenne des droits de l'homme pour assurer la protection internationale des personnes déplacées par la contrainte", *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, 1996., pàg. 69.

<sup>230</sup> El Tribunal de Justícia de les Comunitats europees, de tota manera, ha reconegut que, si la persona estrangera té dret d'entrar en el territori (en el cas concret es tractava del cas de cònjuges extracomunitaris de ciutadans de la Unió que exercien la llibertat de circulació), tenint en compte la importància de la regla de la vida familiar, la denegació d'entrada en un estat per manca d'identificació formal constitueix una mesura *desproporcionada*. TJCE, sentència de 25 de juliol de 2002, afer *Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie ASBL (MRAX) c. État belge*, núm. C-459/99, § 61.

determinació de l'atribució de la funció. La interpretació del Tribunal europeu de drets humans respecte de l'aplicabilitat de l'article 8 i del respecte del dret a una vida familiar avalaria aquesta posició. D'altra banda, si la persona admesa en el territori que vol mantenir una vida familiar amb un demandant d'asil beneficia d'un asil durable basat en la condició de refugiat (almenys tres anys segons la directiva 83/2004/CE), tindrà dret al reagrupament familiar previst a la directiva 2003/86/CE del Consell *sobre el dret a la reagrupació familiar*<sup>231</sup>. El principi del respecte de la vida familiar d'acord amb el Conveni europeu, avalaria el dret dels demandants d'asil d'entrar i reunir-se amb els membres de la família nuclear tant si són demandants d'asil amb únicament un asil provisional en l'estat europeu, com si són asilats que han obtingut un estatut de protecció subsidiària o temporal d'almenys un any.

La directiva 2003/86/CE del Consell *sobre el dret a la reagrupació familiar* exclou l'aplicació de les regles de la directiva als demandants d'asil, a les persones que han obtingut protecció temporal i a les persones que han obtingut *protecció subsidiària*. Aquest darrer supòsit és especialment problemàtic perquè suposa que s'introdueixi una discriminació entre les persones que han obtingut un permís d'estada d'almenys un any per qualsevol altre motiu, que tenen dret al reagrupament familiar (article 3 de la Dv 2003/86/CE), i els beneficiaris de *protecció subsidiària* que, tot i que la directiva 2003/83/CE estableix que hauran de gaudir d'un permís de residència d'almenys un any (article 24.2 de la Directiva 2003/83/CE) estan exclosos expressament del benefici del reagrupament familiar.

365. Per un altre costat, el dret de gaudir d'una vida familiar també seria, teòricament, aplicable en el cas dels demandants d'asil que arriben *en família* a un estat d'asil per ser-hi admesos. En aquest cas, l'admissió durable i la concessió d'una protecció, si de cas, subsidiària, dependrà de que s'estableixi que les persones no poden gaudir per algun motiu del dret a la vida familiar en el país d'origen (i si de cas, en un país tercer). En un cas d'aquest tipus, normalment, el problema sorgiria en el moment de fer efectiu l'allunyament d'un o de tots els membres de la família, i no en el moment de l'entrada.

En l'afer *Gül* contra Suïssa es va plantejar si uns pares asilats (gaudien d'una *autorització temporal d'estada per raons humanitàries*) en un país europeu (llavors encara no part del sistema Dublín), podien fer valer el seu dret a la vida familiar per tal d'exigir de les autoritat del país d'asil que permetessin l'entrada del seu fill de dotze anys. La Comissió europea de drets humans va considerar que es produiria una violació de l'article 8 del Conveni si no es permetia l'entrada del membre de la família però, malgrat tot, en el cas concret, el Tribunal no va aplicar el raonament jurídic avançat en el cas *Abdulaziz*. El Tribunal europeu va considerar que les autoritats suïsses no havien fet una ingerència en la vida familiar de l'interessat i que no s'havia violat l'article 8 del

---

<sup>231</sup> El TJCE ha resolt desestimar el recurs d'anul·lació presentat pel Parlament europeu en relació a aquesta directiva a la sentència de 27 de juny de 2006, afer *PE contra Consejo de la Unión*, núm. C-540/03, §110.

Conveni<sup>232</sup>. En un altre cas, *Nsona*, també es va plantejar el respecte de la vida privada i familiar a l'arribada a un país d'asil, en el moment de l'entrada formal en el territori, però al final el TEDH va considerar que no hi havia violació de l'article 8 tot tenint en compte que les afectades ja tenien un permís temporal d'estada<sup>233</sup>.

Finalment, tot i que no es tractava d'un demandant d'asil, la Comissió també va declarar admissible un cas en què la no admissió en el territori podia constituir alhora, violació dels articles 8 i 3 del Conveni<sup>234</sup>.

#### 4. La protecció de la integritat de la persona humana com a fonament d'un presumpte dret d'entrar en un país d'asil

366. El Conveni europeu per a la protecció dels drets humans i de les llibertats fonamentals<sup>235</sup> i el Pacte internacional de Drets Civils i Polítics estableixen en disposicions similars el dret de les persones de no ser sotmeses a tortura ni a tractaments inhumans o degradants<sup>236</sup>. La Convenció de les Nacions Unides contra la tortura, per la seva banda, estableix expressament que cap estat part no *expulsarà, no refoulara ni extradirà una persona vers un estat on hi ha motius seriosos per creure que corre el risc de ser sotmesa a tortura*<sup>237</sup>. En el cas del Conveni europeu i del Pacte internacional, també els òrgans de garantia han interpretat que s'aplicaven a situacions en què una

---

<sup>232</sup> TEDH, sentència de 19 de febrer de 1996, afer *Gül c. Suisse*, núm. 23218/94. Clarament en contra s'hi va manifestar el jutge S.K. Martens, recolzat per C. Russo en una opinió dissident en aquest cas que es recolzava en la solució de principi d'*Abdulaziz*. En altres sentències s'ha mantingut la jurisprudència de l'afer *Gül*, quan no es tractava de casos de persones protegides. Per exemple, a la sentència *Ahmut* on es va establir que les autoritats no havien violat una obligació positiva del Conveni per no haver atorgat un permís d'entrada a un fill menor per reunir-se amb el seu pare als Països Baixos. El Tribunal va considerar que el fill mantenia lligams amb el país d'origen i que el pare va fer una opció en marxar i deixar el nen a cura d'altres familiars. El Tribunal però, no va acarar la qüestió de saber si els familiars podien encara tenir-ne cura. TEDH, sentència de 28 de novembre de 1996, afer *Ahmut v. The Netherlands*, núm. 21702/93. Malgrat tot, en els estats parts, alguns tribunals han utilitzat arguments basats en l'article 8 per tal de considerar desproporcionat el refús de visat d'entrada en casos de reagrupament familiar, per exemple, Conseil d'Etat (Fr), decisió de 4 de juliol de 1997, *M. et Mme. Bourezak*, RDP, núm. 1, gener-febrer 1998, pàgs. 283-284.

<sup>233</sup> TEDH, sentència de 28 de novembre de 1996, afer *Nsona v. the Netherlands*, núm. 23366/94, §112-119.

<sup>234</sup> En el cas concret es tractava d'un pare a qui no s'admetia l'entrada en el territori per encarregar-se dels seus fills britànics després de la mort de la mare en accident. CSEDH, decisió de 12 de febrer de 1990, afer *Fadele Emanuel, Fadele Kehinde, Fadele Taiwo, Fadele Victor v. The United Kingdom*, núm. 13078/87.

<sup>235</sup> *Ningú no pot ser sotmès a tortura ni a penes o tractaments inhumans o degradants*. Article 3 del Conveni europeu per a la protecció dels drets humans i de les llibertats fonamentals.

<sup>236</sup> *Ningú serà sotmès a tortura ni a penes o tractaments cruels, inhumans o degradants*. Article 7 del Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics.

<sup>237</sup> Article 3 de la Convenció contra la tortura i altres penes o tractes cruels, inhumans o degradants.



persona podria ser abocada als tractaments prohibits si s'executaven o adoptaven respecte d'ella mesures d'allunyament del territori.

En el cas de l'article 7 del Pacte, la seva aplicació no ha configurat directament una garantia d'accés al territori dels demandants d'asil, tot i que aquest instrument ha participat en l'extensió de la regla de *non-refoulement* com a norma consuetudinària, aplicable, com s'ha vist en el cas de les persones que cerquen protecció a les fronteres d'un estat. En una ocasió, però, el Comitè de Drets Humans va considerar la situació d'uns demandants d'asil que havien arribat en vaixell (*boat people*) sense documentació al territori d'un estat on pensaven demanar protecció com a refugiats. L'estat a les fronteres del qual van arribar considerava que les persones arribaven sense un visat vàlid per entrar eren *prohibited entrants* i que podien ser detinguts. Les persones interceptades abans o just en arribar a les fronteres de l'estat es consideraven *unprocessed persons*, s'entenia que no havien *entrat* en el territori i se les conduïa a una *processig area*. Al final, el Comitè no va qüestionar si la consideració de les persones com a que *no havent entrat* en el territori era o no correcta o si tenien *dret d'entrar*, sinó que va tractar el cas per la violació dels articles 9§1, 9§4 i 2§3 del Pacte, en relació a les circumstàncies, durada i garanties de la detenció a que els demandants d'asil van ser sotmesos<sup>238</sup>.

367. De manera anàloga, en el cas de l'article 3 de la Convenció contra la tortura s'han desenvolupat alguns aspectes que de forma indirecta podrien constituir garanties d'accés al territori d'un estat part per part de demandants d'asil. Això ha estat possible partint de consideracions relatives a la prohibició de devolució de persones respecte de les quals hi ha raons fonamentades per creure que estarien en perill de ser sotmeses a tortura, i del fet que els òrgans de garantia del Conveni han considerat els drets previstos a l'article 3 com a drets de caràcter *absolut*.

Malgrat tot, no hi ha cap cas clar on això hauria conduït a l'accés o l'admissió en el territori de persones que no havien ja obtingut una protecció provisional de fet o de dret<sup>239</sup>. L'aplicabilitat de la Convenció es va plantejar, per exemple, en un cas on no es reconeixia que una persona que es trobava de fet en el territori d'un estat hi hagués *entrat*. En aquell cas, com que l'accés al territori havia estat il·legal, la permanència en ell també era considerada il·legal, i es va dictar una decisió de *refús d'entrada* en el país. A la Comunicació del Comitè contra la tortura s'establí que el retorn al país d'origen era contrari a la Convenció però, finalment, el cas va ser considerat inadmissible perquè, com que havia expirat el període en que l'allunyament podia haver-se fet efectiu

---

<sup>238</sup> 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 (30 abril 1997), § 3.1

<sup>239</sup> El Comitè contra la tortura ha resolt casos, per exemple, on la persona demandant d'asil és detinguda des de l'arribada a l'aeroport, i en què l'obligació dels estats d'abstenir-se de retornar-la per força cap a Somàlia o un altre estat on corri el risc de ser expulsat o retornat a aquest país, suposa que l'interessat ha de poder accedir al territori i ser protegit provisionalment per part de l'estat on *de fet* es troba, encara que sigui en *zona internacional*. CtèCT, decisió de 14 de maig de 1999, afer *Sadiq Shek Elmi c. Australia*, Comunicació N° 120/1998, CAT/C/22/D/120/1998.

d'acord amb la decisió interna, l'examen d'una demanda de permís de residència estava en aquell moment pendent de ser resolta<sup>240</sup>.

368. La protecció contra la tortura i els tractaments inhumans o degradants del Conveni europeu per a la protecció dels drets humans configura només excepcionalment i indirecta una garantia d'admissió en el territori dels demandants d'asil quan la decisió interna de no admissió, allunyament i/o *refoulement* d'un estranger és contrària a l'article 3 del Conveni. Normalment, es tractarà de supòsits on s'executa o es preveu un retorn immediat i forçós cap a països on hi hagi un risc real que la persona patirà tractaments contraris a l'article 3 que, majoritàriament, afecten demandants d'asil<sup>241</sup>. La protecció de la integritat de la persona, per tant, és aplicable en el territori de l'estat, a les seves fronteres o en *zona internacional* quan del que es tracta és de determinar l'admissió d'un demandant d'asil en el país<sup>242</sup>.

Certament, no es deriva de l'article 3 del Conveni europeu un dret autònom d'entrar en el territori d'un estat europeu per part d'un demandant d'asil. La protecció de la integritat de la persona que configura, s'integra, però, en el principi de *non-refoulement*, l'aplicació del qual, com s'ha vist al Capítol VII, exigeix que la persona tingui accés a una protecció provisional. Amb tot, els òrgans de garantia del Conveni han qüestionat que els estats, en determinats casos, tinguin un dret no limitat pel Conveni d'excloure l'entrada de persones en el seu territori; o que tinguin absoluta llibertat per contraure amb altres estats obligacions o acords per reenviar demandants d'asil cap a tercers estats, en principi, segurs.

En el cas *Amekrane*, per exemple, la Comissió va declarar admissible la demanda d'una persona que, suposadament, havia participat en un intent de cop d'estat i d'atemptat a la vida del rei Hassan II del Marroc l'any 1972, va fugir, i va arribar en avió fins a Gibraltar on va demanar asil polític. Les autoritats del lloc van detenir-lo i emmanillar-lo immediatament, el demandant va ser objecte d'una mesura de sortida forçosa del territori i, finalment, va ser tramès a militars del país d'origen. La Comissió va declarar admissible l'afer en relació a una possible vulneració de l'article 3 per la forma en que es va produir el *refoulement* d'un demandant d'asil cap al país d'origen sense cap garantia dels seus drets individuals<sup>243</sup>.

---

<sup>240</sup> CtECT, decisió de 19 de juny de 1998, afer *J.M.U.M. c. Suècia*, Comunicació N° 58/1996, CAT/C/20/D/58/1996.

<sup>241</sup> Frédéric Sudre, "Article 3", Louis-Edmond Pettiti, Emmanuel Decaux, Pierre-Henri Imbert, *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris: Economica, 1995, pàg. 163.

<sup>242</sup> Terje Einarsen, "The European Convention on Human Rights and the Notion of an Implied Right to *de facto* Asylum", *IJRL*, vol. 2, núm. 3, 1990, npp. 125, pàg. 386; Richard Plender, *International Migration Law*, 2ª ed., Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1988, pàgs. 257-258.

<sup>243</sup> CseEDH, decisió de 11 d'octubre de 1973, afer *Amekrane et autres c. Royaume Uni*, núm. 5961/72.

a. *El dret d'entrar en un estat com a corol·lari de la protecció de la integritat personal en cas de discriminació: el cas East African Asians*

369. En el cas *East African Asian* no es tractava de l'entrada de demandants d'asil en un estat europeu, sinó que es plantejava el dret d'entrar de determinades persones en el territori d'un estat. Les conclusions de l'informe la Comissió, però, són completament aplicables al cas dels demandants d'asil.

Segons els fets del cas, els trenta-un demandants eren ciutadans del Regne Unit i de les colònies o, en sis dels casos, *British protected persons*, que tenien passaport britànic. Eren residents a Kenya o Uganda, malgrat no haver accedit a la nacionalitat d'aquests estats, i eren d'origen asiàtic. En aquests estats, després d'assolir la independència a començaments dels anys seixanta, es van començar a aplicar polítiques d'africanització que van suposar l'empitjorament creixent de la situació dels ciutadans britànics d'origen asiàtic, i que la continuació de la residència en el país esdevingués, en alguns casos, il·legal. L'any 1970, els demandants van provar d'establir-se al Regne Unit, però, d'acord amb la *Commonwealth Immigrants Act* de 1968, a alguns no se'ls va admetre a entrar en el territori, i a d'altres se'ls va refusar el permís d'estada permanent. Vint-i-quatre dels demandants van ser detinguts al Regne Unit, d'aquests, dinou van ser detinguts quan van arribar; dos van ser-ho després, llavors retornats a França, i de França, altra cop cap al Regne Unit on els can tornar a detenir; un va ser detingut després d'haver estat retornat a Bèlgica i després de Bèlgica al Regne Unit; dos van ser detinguts després d'arribar al Regne Unit, ser retornats a França, ser retornats al Regne Unit, després, ser reenviats a Uganda, al Regne Unit i, finalment, detinguts per tercera vegada. Sis d'ells van provar d'entrar al Regne Unit i abandonats a Belgrad.

Tot i que, com a qüestió de principi, s'establia que *el Conveni no garanteix cap dret autònom (as such) d'entrar i residir en un estat particular*, la Comissió va decidir que les demandes eren admissibles en virtut de l'article 3 i d'altres previsions del Conveni, el 10 d'octubre de 1970. El Regne Unit no havia ratificat el Protocol 4, l'article 3.2 del qual estableix que *ningú serà privat del dret d'entrar en el territori de l'estat del qual és nacional* i, tampoc es considerava que la Convenció establís implícitament aquesta regla.

La Comissió va confirmar que el refús d'un dret que per ell mateix no està previst pel Conveni pot, en determinades circumstàncies, violar un altre dret que sí estigui previst. La Comissió, en l'informe, es va referir a la connexió entre el cas que decidia i els casos relatius al *dret d'asil* i al dret dels estrangers de no ser expulsats:

*Tot i que cap d'aquests drets està garantit pel Conveni, la Comissió ha trobat [en altres casos] no obstant que les parts contractants havien acordat restringir l'exercici lliure dels poders que tenen sota el dret internacional general, incloent-*

*hi el poder de controlar l'entrada i la sortida dels estrangers, en l'extensió i dins dels límits de les obligacions que han assumit amb aquest tractat*<sup>244</sup>.

Aquesta posició que la Comissió havia defensat en altres casos, quan es tractava de l'allunyament dels demandants d'asil constitutius de *tractament inhumà*, ara la traslladava a la situació de l'entrada de persones en el país del qual eren nacionals. En una situació anàloga a la d'aquestes persones, també es podria defensar la mateixa posició si es tractés de demandants d'asil. Per a la Comissió, la mateixa argumentació que havia fet servir quan es referia a l'allunyament de persones era igualment aplicable a l'entrada:

*Malgrat el dret d'entrar en el propi país no està protegit pel Conveni, el refús d'aquest dret pot, en determinades circumstàncies especials, de tota manera violar força independentment un altre dret cobert pel tractat. D'això resulta que en aquests casos, la Comissió no ha de considerar els drets d'entrada o residència autònomament (as such) sinó que ha d'examinar la qüestió diferent de si les decisions atansen "tractament degradant" en el sentit de l'article 3*<sup>245</sup>

Finalment, després d'analitzar les circumstàncies especials del cas, com que els demandants, si se'ls refusava l'entrada en l'únic estat del qual eren nacionals no tenien cap altre estat on poguessin fer una demanda d'admissió, la Comissió va considerar que la legislació aplicada en els casos dels asiàtics africans de l'est discriminava els demandants degut al seu color de pell o a la seva raça. La discriminació basada en la raça, segons la Comissió, pot, en determinades circumstàncies, per ella mateixa constituir tractament degradant en el sentit de l'article 3 del Conveni. El fet que públicament es singularitzi un grup de persones per a que siguin tractades de forma diferent en base a la seva raça pot constituir una *forma especial d'ofendre la dignitat humana*<sup>246</sup>. La Comissió, en el cas, va considerar que *la discriminació racial a la que els demandants havien estat públicament sotmesos per l'aplicació de la legislació d'immigració citada constitueix una interferència en la seva dignitat humana que, en les seves circumstàncies especials, comportaven "tractament inhumà" en el sentit de l'article 3 del Conveni*<sup>247</sup>.

Seguint aquest mateix raonament, si demandants d'asil fossin discriminats per raó de la seva raça a l'hora de ser admesos en el territori, almenys si haguessin arribat directament de l'estat on temen patir persecució o tractaments contraris als drets humans, el refús d'admissió també es podria considerar que suposa un *tractament inhumà* en el sentit de l'article 3 del Conveni.

---

<sup>244</sup> CssEDH, informe de 14 de desembre de 1973, afer *East African Asians v. the United Kingdom*, demandes núms. 4403/70-4419/70, 4422/70, 4423/70, 4434/70, 4443/70, 4476/70-4478/70, 4486/70, 4501/70 i 4526/70-4530/70, §186 [HRLJ, vol. 15, núms. 4-6, 1994, pàg. 227]. El Comitè de Ministres va decidir fer públic l'informe, a petició del Regne Unit, l'any 1994, Comitè de Ministres, *Resolution DH (94) 30* de 21 de març de 1994, HRLJ, vol. 15, núms. 4-6, 1994, pàg. 215.

<sup>245</sup> CssEDH, informe de 14 de desembre de 1973, afer *East African Asians*, §187.

<sup>246</sup> *Ibidem*, §207.2.

<sup>247</sup> *Ibidem*, § 208.

b. *El dret d'entrar en un estat com a corol·lari de la violació de l'article 3 derivada d'allunyaments reiterats i successius de demandants d'asil en òrbita*

370. La noció de tractaments inhumans o degradants de l'article 3 del Conveni europeu es refereix a actes que no deixen traces corporals com ho acostuma a fer la tortura, per això, també els poden constituir l'aplicació de mesures de *refoulement* si tenen per conseqüència posar un demandant d'asil *en òrbita*<sup>248</sup>. L'any 1984, en el cas *Harabi*, la Comissió europea va examinar la compatibilitat amb l'article 3 del Conveni del fenomen dels *refugiats en òrbita*, és a dir, l'aplicació indiscriminada, no coordinada i sense garanties d'exclusions reiterades i successives de demandants d'asil del territori dels estats, sense que ningú no es faci càrrec de la persona i accepti tramitar la seva sol·licitud. La Comissió va considerar que

*l'expulsió repetida d'un individu, la identitat del qual era impossible de ser establerta, cap a un estat on no tenia garantida l'admissió, pot suscitar una qüestió respecte de l'article 3 del Conveni. Una qüestió d'aquest tipus pot suscitar-se, a fortiori, si un estranger és durant un llarg període de temps deportat repetidament d'un estat a un altre sense que cap esta prengui mesures per a la seva regularització*<sup>249</sup>.

La demanda va ser considerada finalment inadmissible.

En el cas *Manitu Giama* es va produir una situació anàloga, i les parts van arribar a un arranjamant amistós, però la situació va fer que la Comissió emetés un informe on es recomanava a les altes parts contractants que preveïessin mesures apropiades per aportar solucions comunes a situacions d'aquest tipus *amb un esperit particularment liberal i humanitari*<sup>250</sup>.

c. *La legitimitat del sistema de Dublín respecte del Conveni europeu per a la protecció dels drets humans i les llibertats fonamentals: el cas T.I. contra el Regne Unit*

371. La jurisprudència dels òrgans de garantia del Conveni europeu suggeria ja en els anys vuitanta i noranta que la doctrina relativa a la integritat i a la dignitat de la persona

---

<sup>248</sup> Nicolas Wisard, *Les renvois et leur exécution en droit des étrangers et en droit d'asile*, Bâle et Francfort-sur-le-Main: Helbing & Lichtenhahn, 1997, pàgs. 417-418.

<sup>249</sup> CsseDH, decisió de 5 de maig de 1984, afer *Harabi v. Netherlands*, núm. 10798/84. La problemàtica dels *refugiats en òrbita* ja havia estat plantejada en un afer anterior, *X c. République Fédérale d'Allemagne*, núm. 8100/77, on la Comissió va considerar gairebé en els mateixos termes que situacions d'aquesta mena podien posar un problema respecte de l'article 3. Citen l'afer, que no ha estat publicat, Nuala Mole, *Problèmes soulevés par certains aspects de la situation actuelle des réfugiés sous l'angle de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Strasbourg: Éditions du Conseil de l'Europe, 1997, pàg. 28; i Rusen Ergec, "Le Conseil d'Europe et les réfugiés", *RBDI*, vol. XXII, núm. 1, 1989, pàg. 124.

<sup>250</sup> CsseDH, informe de 17 de juliol de 1980, afer *Manitu Giama c. Belgique*, núm. 7612/76, §56.

basada en la interpretació de l'article 3, era aplicable als règims d'exclusió dels demandants d'asil dels territoris dels estats, i de reenviament a suposats estats segurs. L'any 1996, per exemple, Colin J. Harvey considerava que el fet que un estat part aplicava *politiques d'exclusió general* de les demandes d'asil de persones només perquè provenien de determinats estats, sense que hi hagués altres motius legítims per a l'exclusió, comportava el mateix problema que la jurisprudència sobre l'article 3 s'esforçava en combatre quan sancionava l'allunyament de persones<sup>251</sup>. En aquests casos, resultava artificial distingir de manera estricta entre admissió i expulsió, perquè, a la pràctica, servien el mateix propòsit, el *refoulement*<sup>252</sup>.

La qüestió que es va plantejar davant dels òrgans de garantia no va ser només, però, si l'aplicació d'aquests règims per part d'un estat o un altre comportava en algun cas concret violació de l'article 3, sinó que, en el cas *TI* contra el Regne Unit, en definitiva, es sotmetia al Tribunal, la legitimitat del sistema de Dublín.

TI era un home nacional de Sri Lanka que va viure a Jaffna una ciutat controlada per un grup tamil insurgent, el LTTE dels anomenats *Tigers Tamils*, organització terrorista independentista tamil, fins l'any 1995. En els darrers dos anys havia estat segrestat entre 3 i 4 vegades cada mes, per períodes de 2 a 3 dies per tal de reparar l'equip de ràdio de l'organització. El juny de 1994 va ser segrestat durant tres mesos, durant els quals se'l va obligar altre cop a reparar l'equip de ràdio i va ser sotmès a maltractaments, com a represàlia per la deserció d'un cosí seu de l'organització. L'abril de 1995 va escapar-se i, des de Jaffna va anar amb el seu pare a Colombo, on va ser arrestat i apallissat per l'exèrcit com a sospitós de pertànyer al LTTE. El seu pare va morir d'un atac de cor el dia després de ser reduït pels soldats quan va intervenir per intentar defensar el seu fill. Va ser detingut fins el 20 de setembre, període durant el qual va ser torturat i maltractat diverses vegades pels soldats, que l'acusaven de ser un *tiger*. A la presó va desenvolupar una malaltia cutània derivada de les condicions higièniques i la massificació de la presó. Va ser finalment alliberat després que un oncle seu pagués un suborn. En sortir de la presó va adreçar-se a un hospital per ser tractat de la malaltia, en una àrea que estava controlada per la ENDLF, un grup tamil pro governamental. Va ser pres per aquest grup dues vegades, conduït al camp d'operacions, interrogat per la seva suposada pertinença al LTTE, i apallissat. Després d'una explosió prop de casa seva va ser un altre cop detingut el 23 d'octubre de 1995, apallissat i torturat altra vegada, i després que el seu oncle subornés un agent de policia va tornar a ser alliberat el 26 de gener de 1996.

Va arribar a la República Federal d'Alemanya el 10 de febrer de 1996. El 13 de febrer va demanar-hi asil. El 26 d'abril, d'acord amb la doctrina de la *responsabilitat* aplicada per la RFA respecte de la interpretació de la noció de refugiat<sup>253</sup>, li va ser denegat

---

<sup>251</sup> Colin J. Harvey, "The right to seek asylum in the United Kingdom and 'safe countries'", *PL*, estiu 1996, pàg. 203.

<sup>252</sup> *Ibidem*.

<sup>253</sup> *Vid. Supra* Capítol III.

perquè les seves al·legacions no afectaven el dret d'asil, ja que eren excessos aïllats d'agents que *no podien ser imputats* a l'estat de Sri Lanka. El 21 d'abril de 1997 es va resoldre l'apel·lació de la primera decisió, en sentit negatiu ja que *les accions del LTTE no poden ser atribuïdes a l'estat* i el demandant estaria suficientment segur si tornava al país d'origen, tenint en compte que, entre altres coses, Sri Lanka era part de la Convenció de les Nacions Unides contra la tortura.

Abans d'executar-se la seva deportació d'Alemanya, *TI* va marxar cap a Itàlia i, un dia després d'arribar-hi, va viatjar cap al Regne Unit, amagat al remolc d'un camió. Va arribar el 19 de setembre de 1997, va ser descobert pels agents d'immigració, i al dia següent va demanar asil.

El 26 de gener de 1998 la República Federal d'Alemanya va acceptar fer-se càrrec de *TI*, d'acord amb el Conveni de Dublín, i dos dies després el *Secretary of State* va emetre un *certificate* d'acord amb la *Asylum and Immigration Act* de 1996, d'acord amb el qual el demandant d'asil havia de ser retornat a Alemanya i es refusava l'examen del fons de la sol·licitud de ser protegit. Després d'una primera apel·lació, *TI* va recórrer a la *Court of Appeal*, argumentant que l'aproximació de la RFA al dret d'asil i el seu estàndard de prova eren contraris a la Convenció de Ginebra (les autoritats alemanyes també havien considerat que el relat de *TI* no era en absolut creïble). La sentència de 10 de juny de 1998 establí que el *Secretary of State* estava autoritzat a concloure que *les autoritats alemanyes no adopten una aproximació que està fora del ventall de respostes que un estat contractant actuant de bona fe pot fer per implementar les seves obligacions d'acord amb al Convenció*. El 19 d'agost el *Secretary of State* es van adoptar instruccions per a la tramesa de *TI* a Alemanya.

Després que un metge de la *Medical Foundation for the Care of the Victims of Torture* de Londres va emetre un informe on en conclouia que el relat del demandant era coherent amb les informacions que es disposaven de Sri Lanka i que les seves cicatrius i símptomes psicològics avalaven el seu relat, es va recórrer novament la determinació d'Alemanya com a estat segur, en la mesura que no reconeixia com a refugiats persones que havien patit persecució per agents no estatals. El 8 d'octubre novament es van adoptar instruccions per a la tramesa de *TI* a Alemanya. Més tard, es van emetre altres informes mèdics que també avalaven el relat del demandant.

372. La sentència de la *Court of Appeal* de 23 de juliol de 1999, en els afers *Adan, Subaskaran & Aitseguer* va fer que, l'11 d'agost de 1999, els representants de *TI* demanessin al *Secretary of State* que reconsiderés la seva posició respecte d'Alemanya, que va refusar-ho, entre altres coses, perquè el cas *Adan, Subaskaran & Aitseguer* havia estat recorregut davant la *House of Lords*, i no havia estat resolt definitivament.

El 28 de setembre de 1998 es va presentar la demanda davant de la Comissió europea de drets humans. L'admissibilitat de la demanda va ser resolta pel Tribunal europeu en una decisió de 7 de març de 2000<sup>254</sup>.

La demanda defensava que, com que les autoritats alemanyes aplicaven la doctrina de la responsabilitat respecte de la noció de refugiat, hi havia un risc de *refoulement* indirecte cap a Sri Lanka, contrari a l'article 3 del Conveni europeu, si les autoritats britàniques executaven la tramesa cap a Alemanya d'acord amb la Convenció de Dublín. Segons la demanda, no hi havia cap possibilitat que la RFA reconsiderés la seva decisió en virtut de les noves evidències mèdiques i altres proves perquè, en tot cas, es referien a fets que en aquell estat no es considerava que poguessin constituir persecució. A banda de qüestionar la consideració d'Alemanya com a estat segur, també es posava en dubte la legitimitat de l'estàndard de prova aplicat en el país. No es va al·legar, però, la diferència de tractament que aquest estàndard de prova suposava per a TI, en comparació a d'altres demandants d'asil al Regne Unit.

El Tribunal, finalment, no va acceptar cap dels dos arguments, basant-se en les garanties que Alemanya va aportar que no refusaria el demandant en virtut de l'aplicabilitat al seu cas de disposicions internes que asseguraven en aquests casos una protecció subsidiària. El Tribunal va considerar que la *llacuna aparent* en el sistema alemany estava coberta per les previsions de protecció en el cas de persones que corrien risc en la seva vida o integritat per causes no vinculades amb una responsabilitat estatal, i que no s'havia provat suficientment que el llinar de prova requerit a Alemanya suposés a la pràctica que demandes fonamentades no eren admeses<sup>255</sup>.

373. Malgrat això, el Tribunal va fer consideracions relatives a l'aplicabilitat de l'article 3 als demandants d'asil, i al sistema de Dublín, que debiliten l'aplicabilitat automàtica dels criteris en què es basa, i que reprenen la perspectiva de *responsabilitat* dels estats en la qüestió de l'accés dels demandants d'asil a un lloc de protecció, en el sentit de la necessitat que assegurin el compliment de les seves obligacions internacionals.

En primer lloc, el Tribunal recorda que es deriva del caràcter absolut del dret que garanteix l'article 3 que, l'obligació de no allunyar una persona estrangera que podria patir en el lloc de destí tractaments contraris a ell és independent de quina sigui la *font del risc*; és a dir, de si prové de factors que fan que l'estat en sigui responsable<sup>256</sup>.

En segon lloc, el Tribunal estableix que, si bé certament tothom està d'acord amb que la tramesa de TI cap a Alemanya no suposaria per ella mateixa un tractament contrari a l'article 3, aquesta tramesa, no obstant, *és una connexió en una possible cadena*

---

<sup>254</sup> TEDH (secció 3ª), decisió sobre l'admissibilitat de 7 de març de 2000, afer *TI v. United Kingdom*, núm. 43844/98.

<sup>255</sup> *Ibidem*, pàg. 460.

<sup>256</sup> *Ibidem*, pàg. 456.



*d'esdeveniments que poden donar com a resultat el seu retorn a Sri Lanka on s'ha al·legat que podria acarar un risc real d'aquest tractament*<sup>257</sup>.

En tercer lloc, i respecte del sistema de Dublín, el Tribunal va considerar que, en el cas concret, el refús indirecte cap un país intermediari també part al Conveni europeu no tenia cap incidència en la responsabilitat del Regne Unit d'assegurar-se que el demandant no era exposat a un tractament contrari a l'article 3, de resultes de la decisió d'expulsar-lo. Malgrat això, el Tribunal va establir que

*Tampoc el Regne Unit podia recolzar-se automàticament, en aquest context, en els compromisos que establerts a la Convenció de Dublín, respecte de l'atribució de responsabilitat entre estats europeus per decidir les demandes d'asil*<sup>258</sup>.

Per al Tribunal, com ja ho havia dit a la sentència *Matthews* de 18 de febrer de 1999, en relació a les competències que els estats cedeixen a les Comunitats europees<sup>259</sup>,

*Quan els estats estableixen organitzacions internacionals o, mutatis mutandis, acords internacionals, per tal de cooperar en certs àmbits d'activitat, pot quedar afectada la protecció de drets fonamentals. Seria incompatible amb el propòsit i l'objecte del Conveni que les estats contractants estiguessin alliberats de les seves responsabilitats respecte del Conveni en l'àmbit d'activitat cobert per l'atribució. El Tribunal pren nota dels comentaris de l'ACNUR sobre que, mentre que el Conveni de Dublín pot perseguir objectius lloables, la seva eficàcia pot ser a la pràctica malmesa per les diferents aproximacions que els estats contractants han adoptat pel que fa a l'abast de la protecció que ofereixen*<sup>260</sup>.

Finalment, el Tribunal va reiterar que no era competència seva ni examinar demandes d'asil ni controlar que els estats parts complissin les obligacions derivades de la Convenció de Ginebra. Per això, que les autoritats alemanyes no consideressin que la definició de refugiats incloïa persecucions d'agents no estatals no era *directament pertinent*<sup>261</sup>. Allò que el Tribunal havia de garantir és que hi hagués salvaguardes suficients per garantir que, en qualsevol cas, el demandant no seria tramès a Sri Lanka<sup>262</sup>, i, en el cas concret, no hi havia un *risc real* que Alemanya expulsaria el demandant contravenint l'article 3 del Conveni<sup>263</sup>.

---

<sup>257</sup> *Ibidem*, pàg. 456.

<sup>258</sup> *Ibidem*, pàg. 457.

<sup>259</sup> TEDH, sentència de 18 de febrer de 1999, afer *Matthews v. United Kingdom*, núm. 24833/94; *Vid. Infra* Capítol XV.C.1.

<sup>260</sup> TEDH (secció 3<sup>a</sup>), decisió sobre l'admissibilitat de 7 de març de 2000, afer *TI v. United Kingdom*, núm. 43844/98, pàg. 457. Els comentaris presentats per l'ACNUR respecte d'aquest cas es troben reproduïts a ACNUR, "Application N° 43844/98. *TI v. United Kingdom*. Submission to the European Court of Human Rights", *IJRL*, vol. 12, núm. 2, 2000, pàgs. 268-275.

<sup>261</sup> TEDH (secció 3<sup>a</sup>), decisió sobre l'admissibilitat de 7 de març de 2000, afer *TI v. United Kingdom*, núm. 43844/98, pàg. 458.

<sup>262</sup> *Ibidem*, pàgs. 458-459.

<sup>263</sup> *Ibidem*, pàg. 461.

Com Gregor Noll ha defensat, malgrat el regust agredolç que aquesta decisió pot deixar en un primer moment, les seves consideracions de fons suposen que el Tribunal europeu entoma una perspectiva substantiva (Noll l'anomena *empírica*) no formal de la legitimitat de la tramesa de demandants d'asil entre els estats europeus<sup>264</sup>. Aquesta aproximació material cal que sigui considerada inherent al principi de *non-refoulement*<sup>265</sup>.

#### D. L'ALTERNATIVA DEL SISTEMA DUBLÍN O EL DRET D'ESCOLLIR

374. Alguns autors, com Kay Hailbronner i Claus Thiery han considerat que l'efectivitat del sistema de Dublín depèn de l'harmonització del dret europeu d'asil i estrangeria<sup>266</sup>. Essent això veritat, no ho és menys que l'assoliment del nivell d'harmonització requerit per a que el sistema de Dublín funcioni amb un respecte ple dels principis de la protecció dels demandants d'asil reduiria l'interès del propi sistema.

Tot i no ser exigit per les normes internacionals, tant l'aplicació d'una perspectiva liberal respecte de la qüestió dels demandants d'asil, com també una perspectiva pragmàtica, recolzen la idea que ni els costos (materials, burocràtics, temporals) de les transferències dins de l'espai comú, ni els riscos del sistema de Dublín justifiquen els minsos avantatges, i que, precisament, els únics motius que justifiquen el manteniment del sistema desapareixen amb una harmonització procedimental i substantiva suficient dels règims d'asil dels estats europeus.

El sistema de Dublín, tenint en compte els resultats que ha tingut, tampoc pot justificar-se en la idea que procura un repartiment adequat de les càrregues entre els estats membres<sup>267</sup>. El sistema no inclou elements d'equitat o de distribució imparcial entre estats amb un nivell de protecció equivalent, per la qual cosa difícilment es pot justificar d'acord amb el principi del repartiment de càrregues o *burden-sharing*<sup>268</sup>.

---

<sup>264</sup> Gregor Noll, "Formalism v. Empiricism: Some Reflections on the Dublin Convention on the Occasion of Recent European Case Law", *loc. cit.*, pàg. 180.

<sup>265</sup> *Ibidem*, pàg. 181.

<sup>266</sup> Kay Hailbronner, Claus Thiery, "Schengen II and Dublin: Responsibility for Asylum applications in Europe", *CMLR*, vol. 34, 1997, pàg. 989; P. Van Dijk, M. Schreuder-Vlasblom, "Human Rights and the free Movement of Persons in Europe. The role of the national judiciary in the Netherlands", Henry G. Shermers et. al. (eds.), *Free Movement of Persons in Europe, Free Movement of Persons in Europe. Legal problems and Experiences*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1993, pàg. 318.

<sup>267</sup> Els estats han preferit un sistema fonamentat en el *principi d'autorització* que no pas acarar la qüestió del repartiment físic; Agnès Hurwitz, "Commentaires sur la détermination de l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile et la répartition des charges entre les états membres", Constança Dias Urbano De Sousa, Philippe de Bruycker, *The Emergence of a European Asylum Policy. L'émergence d'une politique européenne d'asile*, Brussel·les: Bruylant, 2004, pàg. 86.

<sup>268</sup> European Council on Refugees and Exiles (ECRE), "*Safe Third Countries*": *Myths and Realities*, Londres, febrer de 1995, §26-48. També, Philippe de Bruycker, Samantha Lew, Valérie Titeca, "Le droit d'asile à l'heure européenne: De la compatibilité des Conventions de Schengen et de Dublin avec la Convention de Genève", Marie-Claire Foblets, Stephan Parmentier (red.), Georges-Henri Beauthier, Marc

En documents dels anys 2000 i 2001, la Comissió reconeixia que la possibilitat de triar un estat d'asil per part dels refugiats i demandants de protecció era una alternativa vàlida al sistema de Dublín, tot i que descartava aquesta possibilitat com a problemàtica, precisament perquè això exigia *reduir qualsevol incentiu percebut pels demandants d'asil per triar entre els estats membres*, com la interpretació del concepte de refugiat, els procediments, o les condicions d'acollida<sup>269</sup>.

375. En aquest sentit, si el motiu per mantenir una distribució formal dels demandants d'asil entre els estats del sistema de Dublín en funció de criteris lligats al control de la immigració il·legal, és que hi ha una desigualtat de tracte en els estats membres de tal consideració que és millor per a un demandant d'asil que la seva petició sigui examinada en un estat i no en un altre, llavors: en primer lloc, es destrueix la presumpció en què es basava tot el sistema, l'equivalència de règims; en segon lloc, esdevé il·legítim fer transferències en aquestes circumstàncies; i, en tercer lloc, l'harmonització fa desaparèixer les raons del sistema.

Si els incentius per a la tria interessada desapareixen, llavors, no hi ha motius per privar els demandants d'asil de la possibilitat d'escollir.

El funcionament deficient del Conveni de Dublín, els costos, i el respecte precari del principi de la unitat de la família va fer que, quan es debatia el nou reglament *Dublín II*, el parlament britànic proposés un *more radical approach* que consistia en substituir el sistema Dublín per un esquema molt més simple de dues regles bàsiques: la primera, que les demandes d'asil dels membres les famílies serien examinades en un mateix estat; i, la segona, que, en els altres casos, l'estat membre on es presentés una demanda d'asil, l'examinaria<sup>270</sup>.

D'altra banda, tenint en compte l'escassa utilitat de mantenir un sistema d'aquestes característiques des del punt de vista de l'interès dels estats, des del punt de vista de les persones, la possibilitat d'escollir entre un estat o un altre tindria molts avantatges<sup>271</sup>. Dels estudis que s'han fet sobre les preferències dels demandants d'asil a Europa, s'extreu que els tres factors que, en general, es creu que acostumen a influir en l'adopció de decisions, les xarxes socials, el bagatge històric (lligams colonials, idioma, religió), i les xarxes d'immigració il·legal només tenen uns efectes limitats en les opcions dels demandants d'asil. Per exemple, un dels factors que resulten tenir menys influència entre els demandants d'asil, és el de les polítiques aplicades en els estats,

---

Bossyut, Jean-Yves Carlier, (met bijdragen van), *De Nieuwe Vluchtelingenwet. Commentaar op de Wet van 6 mei 1993*, Gent: Mys & Breesch, 1993, pàg. 180.

<sup>269</sup> Michael Collyer, "The Dublin Regulation, Influences on Asylum Destinations and the Exception of Algerians in the UK", *loc. cit.*, pàg. 379.

<sup>270</sup> The United Kingdom Parliament, *European Union. Nineteenth Report. Asylum Applications, Who Decides?*, de 19 de març de 2002, §110.

<sup>271</sup> Michael Collyer, "The Dublin Regulation, Influences on Asylum Destinations and the Exception of Algerians in the UK", *loc. cit.*, pàg. 396.

respecte de les quals acostumen a estar poc informats<sup>272</sup>. És impossible valorar les raons particulars de les opcions dels demandants d'asil, jutjar-les, i limitar la tria per motius que resulten ser arbitraris, amb sistemes que resulten ser ineficients.

---

<sup>272</sup> *Ibidem*, pàgs. 383-395.

## CAPÍTOL X ENTRADA I ADMISSIÓ DELS DEMANDANTS D'ASIL EN EL TERRITORI DELS ESTATS MEMBRES DE LA UNIÓ EUROPEA. INSTRUMENTS ESTATALS PER A LA LIMITACIÓ DE LA RESPONSABILITAT RESPECTE DELS DEMANDANTS D'ASIL

376. *ENTRADA I ADMISSIÓ EN EL TERRITORI.* L'estatut dels demandants d'asil que, tot hi haver *entrat* en el territori d'un estat es troben en *zones internacionals*, o en altres espais sobre els que l'estat exerceix una sobirania limitada a determinades funcions, és un estatut precari i, en tot cas, diferent de l'estatut dels demandants d'asil que han arribat a travessar formalment les dependències duaneres i han estat autoritzades a entrar, és a dir han estat *admesos* en el territori de l'estat. L'entrada seria, en aquest sentit, una qüestió *de facto*, i l'admissió una qüestió *de iure*.

D'acord amb les normatives internes de molts estats, els demandants d'asil que encara no han estat admesos a entrar en el territori però que es presenten a les fronteres d'un estat d'asil o estan d'altra forma sota la seva jurisdicció, han d'aconseguir, primer, un permís d'entrada en el territori, per tal de poder presentar una demanda d'asil en el marc d'un procediment amb totes les garanties. En frontera, en zona internacional o espais sobre els que l'estat exerceix una sobirania funcional limitada, els demandants d'asil, normalment, han de justificar que la seva demanda de protecció no està *manifestament no fonamentada*.

La dissociació entra l'entrada i l'admissió en el territori d'un estat és una de les estratègies que els estats empren dins i fora d'Europa tal d'excloure l'aplicació de garanties previstes pel dret intern i pel dret internacional respecte de persones que *de fet* es troben en el seu territori i estan sota la seva jurisdicció. Així, un dels problemes per determinar l'estatut dels demandants d'asil quan accedeixen al territori d'un estat d'asil és que no sempre els estats consideren que la persona es troba en el territori únicament per la seva presència física. En molts casos, a més, en les normatives internes no es fa la distinció conceptual i terminològica entre *entrada* i *admissió* i, sovint, bé s'anomeni permís d'entrada o bé d'admissió, només es contempla la situació en què la persona ha estat autoritzada a *ser en* el territori d'estat. Llevat d'excepcions, els estats tendeixen a considerar que l'entrada en el territori sotmès a la seva jurisdicció és un acte jurídic i no una qüestió *de fet*, i que només té conseqüències quan es compleix la normativa vigent sobre admissió en el territori de persones estrangeres<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Aquest plantejament no és i sobretot no ha estat sempre l'únic mantingut com ho demostra, per exemple, una sentència d'un tribunal de la Índia que va considerar que *l'entrada en un estat és un acte físic: Entry into a country is a physical act and once the act is accomplished and the foreigner has planted himself in India, it cannot be said even symbolically that after the period prescribed by visa had expired he must be deemed to have gone back to his own country and entered this country unauthorizedly thereafter. We think it*

377. La presència física d'una persona en el territori d'un estat, per tant, no sempre es reconeix que converteix la persona en *subjecte* de dret d'aquell estat<sup>2</sup>. Les normatives internes sovint confonen deliberadament *entrada* amb *entrada legal* i quan aquesta entrada s'ha produït il·legalment consideren que la persona no es troba en el país. Les autoritats estatals tendeixen a considerar que és l'*admissió* d'un estranger allò que fa néixer una sèrie de vincles jurídics entre l'estranger i l'estat d'acollida<sup>3</sup>, és a dir, un acte de contingut positiu normalment exprés. Aquesta actitud de resistència dels estats converteix en ficció jurídica la consideració com a *non-entrants* de persones que efectivament es troben sota la jurisdicció de l'estat.

Un dels estats en què això s'ha fet des de fa més temps visible és als Estats Units, on una jurisprudència constant estableix que el fet d'estar físicament present en el territori del país no duu sempre a *ser* en els Estats Units a la llum del dret. Ja en els anys cinquanta, en les sentències dels afers *Shaughnessy v. United States Ex rel. Mezei* i *Leng May Ma v. Barber* la Cort Suprema dels Estats Units va considerar que l'entrada en l'estat no era una qüestió de fet o un acte físic i que, en la mesura d'això, el tractament dels estrangers havia de ser diferent segons que havien entrat o que es trobaven *on the threshold of initial entry*, és a dir que havien arribat a les fronteres cercant ser admesos<sup>4</sup>. En una sentència de l'any 1980 la *District Court of Kansas* en l'afer *Fernandez v. Wilkinson* va haver de tornar a examinar aquesta jurisprudència davant les al·legacions dels demandants, segons les quals la força d'aquesta ficció legal minvava a mesura que passava el temps en què un estranger exclòs era detingut en una institució federal que es trobava dins dels límits territorials de l'estat. En aquest cas, que es referia a un ciutadà cubà exclòs detingut, es va dir que la Cort *no estava disposada a iniciar la corrosió*

---

*would be unreasonable to adopt any such fiction.* High Court of Bombay (Índia), sentència de 14 de febrer de 1956, *The State v. Ibrahim Adam*, *ILR*, vol. 23, 1960 (1989), pàg. 375.

<sup>2</sup> Atle Grahl-Madsen, *The Status of Refugees in International Law*, vol. II, *Asylum, Entry and Sojourn*, Leiden: A.W. Sijthoff, 1972, pàg. 334.

<sup>3</sup> Com afirmava el jutge Read en una opinió dissident a la sentència de la Cort Internacional de Justícia de 6 d'abril de 1955, en l'afer *Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, 2<sup>a</sup> fase, *CIJ Rec.* 1955, pàg. 47.

<sup>4</sup> A la sentència *Shaughnessy v. United States Ex rel. Mezei*, es va considerar que *It is true that aliens who have once passed through our gates, even illegally, may be expelled only after proceedings conforming to traditional standards of fairness encompassed in due process of law (...)* But an alien on the threshold of initial entry stands on a different footing: Whatever the procedure authorised by Congress is, it is due process as far as an alien denied entry is concerned. Supreme Court (USA), sentència de 16 de març de 1953, *Shaughnessy v. United States Ex rel. Mezei*, *ILR*, vol. 20, 1953 (1981), pàg. 267. I a la sentència *Leng May Ma v. Barber*, que *It is important to note at the outset that our immigration laws have long made a distinction between those aliens who have come to our shores seeking admission, such as petitioner, and those who are within the United States after an entry, irrespective of its legality. In the latter instance the Court has recognized additional rights and privileges not extended to those in the former category who are merely "on the threshold of initial entry" (...)* / For over a half century this court has held that the detention of an alien in custody pending determination of his admissibility does not legally constitute an entry though the alien is physically within the United States. Supreme Court (USA), sentència de 16 de juny de 1958, *Leng May Ma v. Barber*, *ILR*, vol. 26, 1958-II (1963), pàgs. 475-476.

d'aquesta venerable doctrina jurídica sostenint que la força de la ficció es retira amb el temps<sup>5</sup>.

En altres estats aquesta posició, si existeix, és més matisada i no té conseqüències pel que fa al reconeixement de drets humans bàsics. Sí que té conseqüències respecte la situació dels demandants d'asil, ja que malmet les possibilitats d'èxit de la petició de protecció.

Al Regne Unit, per un costat, es parteix generalment del concepte de *landing o leave to land*<sup>6</sup> per considerar una persona en el territori, però, d'altra banda, s'admet la possibilitat que aquest permís estigui implícit o que fins i tot no sigui necessari per considerar alguns accessos al territori legals<sup>7</sup>. També pot existir un *intervening time*<sup>8</sup> mentre els agents d'immigració decideixen atorgar o refusar l'autorització, en què es

---

<sup>5</sup> A la sentència es diu que

*This case concerns a member of the relatively small subset (Cuban aliens detained pending exclusion) of excludable and excluded aliens who, due to a time-honoured legal fiction, are not recognized under the law as having entered our borders*

i pel que fa als arguments dels demandants, que

*(...) the substance of this argument has been rejected with regard to "parole" of aliens into this country or "temporary harbourage ashore", See Leng May Ma v. Barber (...), Shaughnessy v. Mezei (...). In short, this Court is unwilling to initiate the corrosion of this venerable legal doctrine by holding that the force of the fiction diminishes over time. Nor do we find such a holding requisite to a fair determination of the instant petition*

District Court, District of Kansas (USA), sentència de 31 de desembre de 1980, *Fernandez v. Wilkinson*, ILR, vol. 87, 1992, pàg. 450.

<sup>6</sup> *To "land" does not mean physically to land a body on the land of this country. To "land" in these articles (Aliens Order) means to land as a free man, free to move about in this country, either subject to conditions or not. Court of Appeal (Regne Unit), 26 juliol 1962, Regina v. Secretary of State for Home Affairs, Ex parte Soblen, ILR, vol. 33, 1967, pàg. 252.*

<sup>7</sup> En un cas en què una persona a qui no es podia concedir un permís per entrar en el país, va arribar a Londres per fer-hi escala, i a qui es va retenir en el territori durant més temps del previst perquè no se li concedia el permís per traslladar-se al lloc on havia d'embarcar en el següent avió, amb destinació al seu lloc de residència habitual, la *High Court of Justice* va dir que:

*In the present case it cannot be suggested that, in the first instance at least, the plaintiff landed unlawfully in this country. He landed, it is true without having obtained leave to do so, but he landed, as I find -and as, indeed, very soon became apparent to the immigration authorities- from an aircraft at an approved port for the purpose only of embarking in an aircraft at the same port. In these circumstances, under the provisions of article 2 (I) (b), his landing was lawful, as no leave to land in those circumstances, under article 1 of the Order, is required.*

High Court of Justice-Queen's Bench Division (Regne Unit), 29 de gener de 1958, *Kuchenmeister v. Home Office and Another*, ILR, vol. 26, 1958-II, pàg. 470.

<sup>8</sup> *When a man presents himself at an airport in this country seeking leave to land here, it is not necessary for the immigration officer to grant or refuse it at once. The matter may be in suspense whilst inquiries are made, or, as here, when he is not fit to receive a communication (...) The leave to land may be in suspense, but eventually when it is refused, it is refused, and that is all that matters. So here there may have been an intervening time (...) when it was in suspense (...). Court of Appeal (Regne Unit), 26 juliol 1962, Regina v. Secretary of State for Home Affairs, Ex parte Soblen, ILR, vol. 33, 1967, pàg. 252.*

considera que l'estranger és dins del territori i està protegit pel dret<sup>9</sup>. En el cas *Régina v. Governor of Brixton Prison ex parte: Soblen*, Lord Dennig de la *Court of Appeal* va considerar que fins i tot una persona a qui s'ha refusat el *leave to land* pot considerar-se dins del territori als efectes de garantia de drets fonamentals, malgrat mai hagi posat els peus legalment en l'estat<sup>10</sup>.

Al Canadà, en l'afer *Hanna*, la Cort Suprema va admetre en el cas d'un polissó apàtrida que, tot i que no se li podia reconèixer cap dret d'entrar o romandre en el país, una ordre de deportació en contra seva era il·legal perquè no hi havia cap estat on se'l pogués enviar, i això comportaria una sentència de presó indefinida a bord del vaixell en què va arribar, que en cap manera podia ser considerada legítima. Per aquest motiu, l'estranger havia de ser posat en llibertat entenent-se que podia accedir al territori<sup>11</sup>.

378. Atle Grahl-Madsen ha considerat que, pel que fa als demandants d'asil i refugiats és difícil seguir mantenint la mateixa doctrina jurídica sobre l'entrada en el territori que tenen alguns estats. Es pot considerar que la Convenció de Ginebra de 1951 no ha tingut efectes pel que fa al dret sobre l'admissió d'estrangers, fins i tot es pot admetre que és possible prohibir un refugiat entrar en el territori. Això no obstant, d'acord amb una regla general, *un refugiat ha de ser en dret considerat en el territori des del moment en què hi posa els peus; si la seva presència és o no legal és una altra cosa*<sup>12</sup>.

Si bé les estàndards internacionals de drets humans no prohibeixen que un demandant d'asil que arriba a un estat sense els documents que s'exigeixen als estrangers per entrar-hi formalment sigui detingut si això és necessari, ni tampoc imposen que les legislacions nacionals considerin que han entrat en el país, *no hi ha cap dubte que un cop el refugiat ha traspasat la frontera física, l'obligació de non-*

---

<sup>9</sup> Atle Grahl-Madsen, *The Status of Refugees in International Law*, vol. II, *op. cit.*, pàg. 341.

<sup>10</sup> *In this case Dr. Soblen applies for a writ of habeas corpus. He is an alien but the writ of habeas corpus is available to anyone within this country who is being detained. By means of it he can call upon those who are detaining him to show that his detention is justified by law.* Court of Appeal (Regne unit), 31 d'agost de 1962, *Regina v. Governor of Brixton Prison, Ex parte Soblen*, pàg. 275.

<sup>11</sup> *From whatever angle one views it, so far as Hanna is concerned, this deportation order amounted to a sentence of imprisonment aboard the "Gudveig" for an indefinite term, and in my opinion and finding, no immigration officer had the legal right to exercise such drastic power (...) / That does not mean that he has established any legal right to enter or remain in Canada. As previously stated, it is for immigration officials and for them alone to grant or withhold that privilege. This judgement does not mean that Hanna may not be deported legally from Canada by further proceedings properly instituted and conducted in accordance with the provisions and intent of the immigration Act. It means only that the present deportation order is illegal and that Hanna is entitled to be released from detention thereunder; and I so order.* Supreme Court of British Columbia (Canada), 26 de març de 1957, *Re Immigration Act and Hanna*, ILR, vol. 24, 1957 (1990), pàg. 472.

<sup>12</sup> *We may conclude that the general -by now probably universal- rule is that a refugee must in law be considered to be within a country as soon as he has set foot on its soil. Whether his presence is lawful or unlawful is another matter.* Atle Grahl-Madsen, *The Status of Refugees in International Law*, *op. cit.*, pàgs. 343-344.



*refoulement de l'article 33 s'aplica, i no importa que el dret nacional consideri el refugiat, degut als seus propòsits sobre immigració, com que no ha entrar en el territori. (...) Un estat no pot evitar complir les seves obligacions internacionals a través del seu dret nacional*<sup>13</sup>.

#### A. L'ENTRADA EN EL TERRITORI PER PART DELS DEMANDANTS D'ASIL

379. Els estats membres de la Unió Europea preveuen en les seves normatives internes relatives a estrangeria i immigració requisits que les persones que no són ciutadans de la Unió han de complir per a que els sigui autoritzada l'entrada en el territori. Llevat d'algunes variacions, aquestes condicions són, en general, les que ja preveien a l'article 5 del Conveni d'aplicació Schengen. En aquest article s'estableix que per a una estada no superior a tres mesos es pot autoritzar l'entrada en el territori de les parts contractants als estrangers que

- a. tinguin un document o documents vàlids que permetin el traspàs de fronteres,
- b. estiguin en possessió de visat vàlid si aquest s'exigeix,
- c. en el seu cas (és a dir, si es preveu) presentin els documents que justifiquin l'objecte i les condicions de l'estada prevista i disposin de mitjans adequats de subsistència per aquest període i pel retorn al país de procedència o el trànsit cap a un tercer estat on estigui garantida la seva admissió, o bé estiguin en condicions d'obtenir legalment aquests mitjans,
- d. no estiguin inclosos en la llista de no admissibles<sup>14</sup>, i
- e. no suposin un perill per a l'ordre públic, la seguretat nacional o les relacions internacionals d'una de les parts contractants.

Els efectes de la inscripció d'un estranger no ciutadà de la Unió en la llista de persones no admissibles d'acord amb el sistema Schengen han de ser compatibles amb les

---

<sup>13</sup> James Crawford, Patricia Hyndman, "Three Heresies in the Application of the Refugee Convention", *IJRL*, vol. 1, núm. 2, 1989, pàgs. 176-177.

<sup>14</sup> L'article 96 de la Convenció d'aplicació Schengen preveu que les decisions d'inscripció en la llista de *no admissibles* hauran de basar-se en l'amenaça a l'ordre públic o a la seguretat nacional que pugui resultar de la presència de l'estranger en el territori nacional. Aquest pot ser el cas, particularment: (1) d'un estranger que hagi estat condemnat per una infracció sancionada amb una pena privativa de llibertat d'un any com a mínim; (2) d'un estranger sobre el qual existeixin raons serioses per creure que ha comès fets delictius greus, o sobre el qual existeixin indicis reals de que pensa cometre aquests fets en el territori d'una part contractant. També podran basar-se *en el fet que l'estranger hagi estat objecte d'una mesura d'allunyament, de devolució o d'expulsió que no hagi estat revocada ni suspesa i que inclogui o vagi acompanyada d'una prohibició d'entrada o, en el seu cas, de residència basada en l'incompliment de les legislacions nacionals relatives a l'entrada o a la residència d'estrangers*. El fet de ser inclòs en aquesta llista suposa per a la persona afectada que es restringeixi automàticament el seu dret de circulació: el principi aplicable és el de la prohibició d'entrada, estada i residència, o permanència, si no es donen circumstàncies excepcionals, essencialment per motius de caràcter humanitari. Articles 5.1 d), 15, 23 i 25 del Conveni de Schengen.

disposicions de dret comunitari sobre llibertat de circulació, quan afecten persones que entren dins de l'àmbit d'aplicació d'aquestes regles<sup>15</sup>. Les nocions d'ordre públic en els dos àmbits no són equivalents, com tampoc ho és la interpretació que els estats els hi poden donar. Així ho va disposar el Tribunal de justícia de les Comunitats europees en un afer en què aquesta inscripció per part d'un estat va tenir com a conseqüència la denegació d'entrada o de visat d'entrada a cònjuges de ciutadans comunitaris. El TJCE va reiterar que

*la reserva d'ordre públic constitueix una excepció al principi fonamental de lliure circulació de persones, que ha de ser interpretada de forma restrictiva i l'abast de la qual no pot ser determinat pels estats membres unilateralment*<sup>16</sup>.

També es va referir a que

*el concepte d'ordre públic en el sentit de l'article 2 de la Directiva 64/221 no es correspon amb el de l'article 96 del Conveni d'aplicació Schengen . En efecte, d'acord amb aquest darrer article, una inscripció en la llista de no admissibles del SIS pot basar-se en l'amenaça per a l'ordre públic des del moment mateix que l'interessat hagi esta condemnat per una infracció sancionada amb una pena privativa de llibertat d'almenys un any o quan hagi esta objecte d'una mesura basada en l'incompliment de la normativa nacional relativa a l'entrada o la residència d'estrangers. A diferència del règim previst a la Directiva 64/221, tal com l'interpreta el Tribunal de justícia, aquestes circumstàncies justifiquen per elles mateixes una inscripció, amb independència de l'apreciació concreta de l'amenaça que representi l'interessat (...). [U]n estat contractant no pot efectuar una inscripció d'un nacional d'un estat tercer, que sigui cònjuge d'un nacional d'un estat membre, fins que no s'acrediti que la presència d'aquesta persona constitueix una amenaça real, actual i suficientment greu que afecta a un interès fonamental de la societat en el sentit de la Directiva 64/221*<sup>17</sup>.

L'entrada en el territori comú, d'altra banda, tant si es tracta de fronteres terrestres, marítimes o aèries, ha de fer-se pels passos fronterers autoritzats per les autoritats competents per traspassar les fronteres. L'entrada en el territori feta per altres llocs serà ser considerada una entrada il·legal.

A partir del dia 13 d'octubre de 2006, amb l'entrada en vigor del Reglament (CE) núm. 562/2006, l'entrada de nacionals de tercers països per a estades inferiors a tres mesos

---

<sup>15</sup> Això ha fet que la doctrina hagi considerat que el bagatge Schengen *es subordina* al bagatge de la Unió; M. Amparo Alcoceba Gallego, "La subordinación del acervo Schengen al de la Unión Europea. Comentario a la sentencia del TJCE de 31 de enero de 2006. AS. C-503/03, Comisión c. España", *RGDE.lustel*, núm. 10, 2006, 17 pàgs.

<sup>16</sup> TJCE, sentència de 31 de gener de 2006, afer *Comisión de las Comunidades europeas contra Reino de España*, núm. C-503/03, §45. També en el mateix sentit, TJCE sentències de 4.12.1974, assumpte *Van Duyn*, núm. 41/74, §18; de 28.10.1975, assumpte *Rutili*, núm. 36/75, §27; de 27.10.1977, assumpte *Bouchereau*, núm. 30/77, §33; de 18.5.1982, assumptes *Adoui* i *Cornuaille*, núms. 115 i 116/81, §8.

<sup>17</sup> TJCE, sentència de 31 de gener de 2006, afer *Comisión de las Comunidades europeas contra Reino de España*, núm. C-503/03, §48-52. La Directiva 64/221 ha estat derogada i substituïda per disposicions de la *Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros por la que se modifica el Reglamento (CEE) N° 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE*, *DOUE* de 30 d'abril de 2004, N° L 158/77-123.

dins d'un període de sis en els estats membres que participen en l'*Espai de Llibertat Seguretat i Justícia* es regeix per l'article 5 del *Codi de fronteres Schengen* que pràcticament reproduïx les condicions del Conveni<sup>18</sup>.

#### 1. Exoneració de la presentació de documents d'entrada

380. Al paràgraf 2 de l'article 5 del Conveni d'aplicació Schengen es contempla la possibilitat que quan no es compleixin les condicions esmentades els estats prevegin excepcions a la prohibició d'entrada per motius humanitaris, d'interès nacional o obligacions internacionals, i que aquestes normes no seran un *obstacle* per a l'aplicació de les disposicions especials relatives al dret d'asil<sup>19</sup>.

En el *Codi de fronteres Schengen* es preveu una clàusula molt similar, segons la qual *es denegarà l'entrada en el territori dels estats membres als nacionals de tercers països que no compleixin totes les condicions d'entrada (...) sempre que no pertanyin a cap de les categories indicades a l'article 5 apartat 4<sup>20</sup>*. Entre aquestes categories es troben les persones estrangeres extracomunitàries respecte de les que els estats poden autoritzar l'entrada *per motius humanitaris, d'interès nacional o per obligacions internacionals*<sup>21</sup>. En aquests casos, si la persona està inscrita com a no admissible l'estat que autoritza l'entrada ha d'informar d'això als altres estats membres<sup>22</sup>.

Com s'ha argumentat al Capítol VII, independentment d'allò que expressament reconeixin les normes comunitàries, una interpretació útil del principi de *non-*

---

<sup>18</sup> Article 5 del Reglamento (CE) N° 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2006 por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen), DOUE de 13 d'abril de 2006, N° L 105/5.

<sup>19</sup> L'article 5§2 Conveni d'aplicació diu que *Se negará la entrada en el territorio de las Partes contratantes al extranjero que no cumpla todas estas condiciones, excepto si una Parte contratante considera necesario establecer una excepción a este principio por motivos humanitarios o de interés nacional o por obligaciones internacionales. En tal caso la admisión quedará limitada al territorio de la Parte contratante de que se trate, la cual deberá advertir de ello a las demás Partes contratantes /Estas normas no serán un obstáculo para la aplicación de las disposiciones especiales relativas al derecho de asilo (...)*.

<sup>20</sup> Article 13§1 del *Codi de fronteres Schengen*.

<sup>21</sup> Article 5§4 c) del *Codi de fronteres Schengen*.

<sup>22</sup> L'article 5§6 de la proposta de reglament establí que, si un nacional d'un tercer país no complia les condicions d'entrada però invocava l'article 11 (article 13 del *Codi*), i sol·licitava l'entrada i el trànsit per la frontera exterior d'un estat membre diferent del que, amb caràcter excepcional, acceptava concedir-li la residència, *haurà de ser expulsat i se li haurà de deixar la possibilitat que es presenti a la frontera exterior d'aquest estat membre en vistes a l'entrada en el seu territori* (Article 5§6 de la Proposta COM (2004) 391 final). Aquesta previsió, coherent amb la perspectiva següent adoptada a la Unió Europea en relació amb les migracions tant voluntàries com forçoses, minvava encara més la credibilitat del mateix projecte europeu com a espai *comú* de llibertats. Si els estats no poden compartir les *preocupacions humanitàries o d'interès nacional* que afecten l'entrada de persones estrangeres a la Unió, ni tant sols per permetre el trànsit cap a l'estat que permet la residència en el seu territori, difícilment es pot defensar la legitimitat del quasi tancament de les fronteres. Aquesta previsió, no obstant, ha desaparegut del *Codi de fronteres Schengen*, amb la qual cosa s'entén que els estats podran fer allò que considerin convenient, arribat el cas.

*refoulement* exigeix que la persona que ha arribat a situar-se sota la jurisdicció d'un estat d'asil, pel lloc on es troba (en el territori, a les seves fronteres) o pels efectes d'exercicis extraterritorials d'autoritat per part de l'estat, sigui admesa a entrar al menys provisionalment. Cal considerar que forma part de les *obligacions internacionals* que els estats han de complir el dret d'asil provisional durant el temps necessari per avaluar la necessitat immediata de protecció, les possibilitats de *refoulement* legítim, i la responsabilitat d'examinar la demanda de protecció. Des d'aquest punt de vista, és adequat preveure clàusules expresses com la de l'article 5§2 del Conveni de Schengen o 13 del *Codi de fronteres Schengen*, tot i que el compliment de les obligacions relatives als demandants d'asil no en depèn.

381. Aquesta posició és avalada en el context de la Unió Europea pel Reglament (CE) núm. 343/2003 del Consell *pel qual s'estableixen els criteris i mecanismes de determinació de l'Estat membre responsable de l'examen d'una sol·licitud d'asil presentada en un dels estats membres per part d'un nacional d'un tercer país*. Aquest reglament, que substitueix el Conveni fet a Dublín l'any 1990<sup>23</sup> estableix a l'article 3, paràgraf 1, que

*Els estats membres examinaran tota sol·licitud d'asil presentada per un nacional d'un tercer país a qualsevol d'ells, bé sigui a la frontera o en el seu territori. La sol·licitud serà examinada per un sol estat membre, que serà aquell que els criteris mencionat sal capítol III designin com a responsable*<sup>24</sup>.

La Directiva *sobre les normes mínimes per a l'acollida dels demandants d'asil* fa una aproximació més restrictiva, i entoma la dissociació que les normatives internes dels estats han anat fent per evitar fer-se càrrec dels demandants d'asil entre l'*entrada* en el territori de l'estat d'asil i la seva *admissió*. El règim d'acollida que es disposa a la directiva només obliga als estats respecte dels *nacionals de tercers països i apàtrides que presentin una sol·licitud d'asil a la frontera o en el territori d'un estat membre, sempre i quan se'ls permeti romandre en el territori en qualitat de sol·licitants d'asil*<sup>25</sup>.

Malgrat que en cap d'aquestes normes no se'n faci una referència explícita, com Denis Alland ha defensat, *el respecte de la Convenció de Ginebra ha obligat els estats a*

---

<sup>23</sup> *Convenio relativo a la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas en los Estados miembros de las Comunidades Europeas*, fet a Dublín el 15 de juny de 1990 (Protocol de correcció d'errors en la versió espanyola, de 24 de novembre de 1993). Aquest Conveni va entrar en vigor l'1 de setembre de 1997, i va ser publicat a Espanya al *BOE* núm. 183, d'u d'agost de 1997, pàgs. 23598-23604.

<sup>24</sup> *Reglamento (CE) N° 343/2003 del Consejo de 18 de febrero de 2003 por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país*, *DOUE* de 25 de febrer de 2003, N° L 50/3.

<sup>25</sup> Article 3 de la *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 de febrer de 2003, N° L 31/19.

*alleugerir les seves exigències quan es tracta dels documents requerits a l'entrada en els cas dels demandants d'asil*<sup>26</sup>.

382. En el cas de França, es preveu que, per entrar en el territori de la República, els estrangers han de tenir els documents i justificants que es preveuen a l'article L.211-1 del *Code de l'entrée et le séjour des étrangers et du droit d'asile*, sota reserva de les convencions internacionals<sup>27</sup>. L'expressió *sous réserve des conventions internationales*, que ja era present a l'*Ordonnance 45-2658* de 2 de novembre de 1945 sobre les condicions d'entrada i estada dels estrangers a França, va ser interpretada pel Consell Constitucional francès l'any 1992 com que es tractava d'una reserva que tenia per objectiu, en particular, la *Convenció de Ginebra de 28 de juliol de 1951 relativa a l'estatut dels refugiats, modificada pel Protocol de Nova York de 31 de gener de 1967, les estipulacions dels quals impedeixen que els documents dels quals es tracta puguin ser exigits a persones que, demanant entrar en el territori francès, poden pretendre tenir la qualitat de refugiat*<sup>28</sup>.

D'altra banda, en el mateix codi francès s'estableix, en el capítol que tracta de la qüestió específica de l'admissió a l'estada dels demandats d'asil, que aquesta admissió *no pot ser refusada únicament pel motiu que l'estranger està desproveït dels documents i visats de l'article L.211-1*.

De la legislació anglesa i italiana també s'extreuen l'aplicabilitat de clàusules que fan excepció a l'aplicació de les exigències d'entrada als demandants d'asil.

383. Pel que fa a Espanya, la Llei Orgànica 4/2000 d'11 de gener, *sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya*, modificada per la Llei Orgànica 8/2000, de 22 de desembre, estableix a l'article 25 paràgrafs 3 i 4, que els requisits per a l'entrada en el territori espanyol que es preveuen a l'apartat 1, no s'aplicaran *als estrangers que sol·licitin acollir-se al dret d'asil en el moment de la seva entrada a Espanya*; i que *es podrà autoritzar l'entrada a Espanya dels estrangers que no reuneixin els requisits establerts en els paràgrafs anteriors quan existeixin raons excepcionals d'indole humanitària, interès públic o compliment de compromisos adquirits per Espanya*<sup>29</sup>.

D'altra banda, l'article 5, paràgraf 7.3 de la Llei 5/1984, de 26 de març, *reguladora del dret d'asil y de la condició de refugiat*, modificada per la Llei 9/1994, estableix que *durant la tramitació de l'admissió a tràmit de la sol·licitud i, en el seu cas,*

---

<sup>26</sup> Denis Alland, Catherine Teitgen-Colly, *Traité du droit de l'asile*, Paris: PUF, 2002, pàg. 239.

<sup>27</sup> *Ordonnance n° 2004-1248 du 24 de novembre 2004 relative à la partie législative du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*, JORF de 25 de novembre de 2004, text 12/119.

<sup>28</sup> Conseil Constitutionnel (França), decisió de 25 de febrer de 1992, núm. 92-307 DC, *Loi portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée, relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France ("zones d'attente")*, JDI, núm. 3, 1992, pàgs. 672-673.

<sup>29</sup> *Llei Orgànica 4/2000, d'11 de gener, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social, en la seva redacció donada per les lleis orgàniques 8/2000, de 22 de desembre, 11/2003, de 29 de setembre, i 14/2003, de 20 de novembre; Legislación de extranjeros*, Madrid: BOE, 2005.

de la petició de reexamen, el sol·licitant romandrà en el lloc fronterer, habilitant-se a l'efecte unes dependències adequades per a això<sup>30</sup>.

El Tribunal Constitucional espanyol ha establert, d'altra banda, quan ha hagut de definir l'estatut constitucional del demandant d'asil, que, d'aquestes excepcions i, especialment, del règim de la Llei sobre asil es deriva per als demandants d'asil un dret d'entrada provisional a Espanya, limitada en el temps i en l'espai:

*No hi ha cap dubte, en primer lloc, que el sol·licitant d'asil, en tant que estranger, només gaudeix del dret fonamental d'entrar i circular per Espanya (article 19 Constitució espanyola) en els termes que disposen els tractats i la llei. (...) Com a excepció l'article 5.3.7 de la Llei del dret d'Asil preveu també que qui sol·licita asil en frontera –i no compleix els requisits de l'article 25.1 i 2 de la Llei orgànica 4/2000- pugui entrar a Espanya (suposant que la permanència en les «dependències adequades» del lloc fronterer pugi considerar-se així), si bé de forma limitada i provisional mentre sobre la petició d'asil recau una primera resolució d'admissió a tràmit. D'aquesta manera l'estat espanyol protegeix, d'acord amb el que es disposa a l'article 33.1 de la Convenció de Ginebra de 1951, als que accedeixen a un lloc fronterer i hi denuncien un temor fonamentat de ser perseguits. L'empara o protecció de l'estat espanyol es mesura, de conformitat amb l'article 5.7.3 de la Llei del dret d'Asil, en la permanència de l'estranger en el lloc fronterer; només en aquells precisos i limitats termes autoritza la llei l'entrada provisional a Espanya d'estrangers sol·licitants d'asil<sup>31</sup>.*

En una sentència que desestima l'empara de 4 d'abril de 2005, el Tribunal Constitucional espanyol recorda que, d'acord amb l'article 13 de la Constitució espanyola, el dret d'entrar a Espanya no és un dret fonamental dels estrangers. Altra cosa és que sorgeixi un dret-expectativa derivada del compliment de la normativa administrativa que regula l'entrada dels estranger a Espanya. Aquesta constatació però, ni afecta, ni es projecta sobre supòsits concrets en els que concorren circumstàncies específiques que qualifiquen la situació, com són: el règim jurídic dels dret d'asil (...)<sup>32</sup>. El Tribunal a més, continua dient que

*Res té a veure aquesta qüestió, per cert, amb l'afirmació categòrica que, amb caràcter general, els drets fonamentals vinculen al poder públic espanyol amb independència de que aquest actuï o no "a Espanya". Una cosa és la delimitació de l'abast subjectiu de l'extensió de certs drets fonamentals per als quals és rellevant ser espanyol o estranger i una altra molt diferent és la delimitació de l'àmbit territorial de vigència dels drets fonamentals per als poders públics espanyols. La vinculació de tots poders públics espanyols als drets fonamentals, sense cap limitació d'àmbit territorial, està establerta a l'article 53.1 de la Constitució espanyola; i de bona part dels drets fonamentals és titular qualsevol persona com a atribut derivat de la seva dignitat<sup>33</sup>.*

<sup>30</sup> Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada per la Ley 9/1994, de 19 de mayo; BOE núm. 74, de 27 de març de 1984, i BOE 122, de 23 de maig de 1994.

<sup>31</sup> TC (E), sentència de 27 de febrer de 2002, núm. 53/2002 (registre 2994/1994), BOE de 4 de març de 2002, pàgs. 11-12/22.

<sup>32</sup> TC (E), sentència de 4 d'abril de 2005, afer *Yahya Razougui*, núm. 72/2005, § 4-5.

<sup>33</sup> *Ibidem*, § 8.1.

D'aquesta doctrina es deriven dues conclusions. En primer lloc, com que els poders públics espanyols estan vinculats pels drets fonamentals sigui on sigui que actuïn, els demandants d'asil tenen el *dret de demanar asil*, fins i tot quan no han *entrat* dins el territori. Les autoritats espanyoles no poden privar-los del gaudi dels drets fonamentals vinculats a la dignitat, fins i tot quan estan en llocs no sotmesos a la jurisdicció de l'estat, sempre que s'estableixi una connexió amb les autoritats espanyoles. En segon lloc, la constatació que el dret d'entrar a Espanya no és un dret fonamental dels estrangers en general, no perjudica que no ho sigui en el cas dels demandants d'asil. Més aviat es pot argumentar que els demandants d'asil sí tenen dret d'entrar a Espanya, perquè, per definició són persones amb una necessitat de protecció dels seus drets fonamentals bàsics, i l'entrada en el país pot restablir-los en el gaudi d'aquests drets, al menys, provisionalment.

## 2. Immunitat penal per entrades il·legals

384. L'entrada o la presència il·legal d'un demandant d'asil en el territori d'un estat part a la Convenció de Ginebra no podrà ser sancionada penalment quan hagi arribat *directament* dels territoris on la seva vida o la seva llibertat estigués amenaçada sempre que *es presentin sense demora davant de les autoritats i al·leguin causa justificada de la seva entrada o presència il·legals*<sup>34</sup>. Aquesta clàusula de la Convenció de Ginebra configura una immunitat penal per al demandant d'asil que il·legalment hagi arribat a entrar en el territori de l'estat, sempre que es presenti a les autoritats per demanar protecció. L'asil provisional en el territori de l'estat dels demandants d'asil que arriben a les fronteres d'un estat equipara aquests amb els que han arribat a defugir els controls fronterers d'entrada en el territori.

Teòricament, de la combinació entre el principi de la immunitat penal dels demandants d'asil que han entrat il·legalment en el territori d'un estat i el caràcter declaratiu del reconeixement com a refugiat, resulta que un refugiat no hauria ni de poder ser sancionat ni de patir les conseqüències de sancions per entrades il·legals dictades abans de reconeixement del seu estatut. En general, malgrat algunes excepcions<sup>35</sup>, aquesta conseqüència lògica ha estat assumida per les jurisdiccions dels estats<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> Article 31§1 de la Convenció de Ginebra.

<sup>35</sup> Per exemple, a França, la *Cour de Cassation* va refusar la demanda de revisió presentada per un refugiat contra una decisió de 5 de març de 1991 que l'havia condemnat per entrada il·legal en el territori a 3 anys de prohibició d'entrada en el territori. El 17 de febrer de 1993 la *Commission des Recours des Réfugiés* (CRR) li va reconèixer la qualitat de refugiat, després que en altres ocasions li hagués estat refusada. La *Cour de Cassation* va dir que (...) *en effet, si l'article 31.1 de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 fait obstacle à la condamnation pour entrée ou séjour irrégulier d'une personne ayant présenté une demande d'asile dans les conditions prévues par ce texte, aucun effet rétroactif ne s'aurait s'attacher à une décision déclarative de la qualité de réfugié lorsque celle-ci intervient après rejet d'une*

El *Codi de fronteres Schengen* remet també expressament a la immunitat penal prevista a la Convenció de Ginebra a l'article 4§3<sup>37</sup>. En aquesta norma no es reprèn però l'apartat 6.10 de la Part II del *Manual comú* de fronteres Schengen, on es preveia que si un estranger sol·licitava asil a la frontera s'aplicaria la legislació nacional de l'estat membre fins que es determinés la responsabilitat per a l'examen de la sol·licitud d'asil. La Comissió va considerar supèrflua en la seva proposta de reglament aquesta disposició, i va entendre que la previsió de l'article 3 sobre que l'aplicació del reglament al traspàs de les fronteres no afectaria els drets dels refugiats i *sol·licitants de protecció internacional* era suficient. Cal entendre, doncs, que l'aparent omissió en el *Codi de fronteres Schengen* no perjudica l'aplicació del principi de *non-refoulement* en el sentit que s'ha descrit al Capítol VII.

La clàusula d'immunitat penal, finalment, com va concloure Guy S. Goodwin Gill en una de les *UNHCR's Global Consultations on International Protection* no exigeix que el demandant d'asil hagi arribat directament de l'estat d'origen si ha transitat per un altre estat on no hi hagi obtingut persecució, o tingui una *bona causa* per no haver-hi cercat protecció. El principi de la immunitat penal, per tant, només deixarà d'aplicar-se quan el demandant d'asil ha residit durant un temps en un altre estat on podria haver estat protegit si hagués demanat asil<sup>38</sup>. El criteri de la bona causa és un criteri *flexible* que fins i tot pot emparar l'existència de lligams familiars o socials en l'estat on es demanda asil.

## B. L'ADMISSIÓ EN EL TERRITORI. EL REQUISIT DE LES DEMANDES NO MANIFESTAMENT INFUNDADES O ADMISSIBLES

385. En els anys vuitanta l'ACNUR va fer dues conclusions sobre protecció internacional que acaraven el fet de la utilització fraudulenta del Dret del refugi i de l'asil per tal d'intentar l'admissió en els estats per motius econòmics, davant de les

---

*ou plusieurs demandes précédentes*. Cour de Cassation (Fr), sentència de 21 de maig de 1997, afer *M. Kutbettin Dinc*, *Revue RCDIPr*, vol. 87, núm. 2, 1998, pàg. 275; crítica aquesta interpretació restrictiva de la immunitat penal dels refugiats, François Julien-Laferrière, "Du 28 avril 1997. Cour de Cassation (Ch.crim.). MM. Le Gunehec, prés., Challe, rapp., Le Foyer de Costil, av. gen. M.Dietch, av.", *RCDIPr*, vol. 87, núm. 2, 1998, pàgs. 275-283.

<sup>36</sup> D'acord amb 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, pàgs. 201-204.

<sup>37</sup> *Reglamento (CE) N° 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2006 por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen)*, DOUE de 13 d'abril de 2006, N° L 105/5. En aquest article s'estableix que els estats preveuran sancions per als casos d'encreuament no autoritzat de les fronteres, sens perjudici de les seves obligacions en matèria de protecció internacional. En el comentari a la proposta d'article, la Comissió va establir que aquesta expressió es referia especialment a l'article 31 de la Convenció de Ginebra (pàg. 19/240 de la Proposta COM (2004) 391 final).

<sup>38</sup> Guy S. Goodwin-Gill, "Article 31 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees: non-penalization, detention, and protection", *loc. cit.* pàg. 218.



polítiques restrictives respecte de la immigració que la majoria d'estats occidentals començaven a aplicar. Per a l'ACNUR, mentre es complissin unes garanties mínimes, era acceptable que els estats empremssin procediments accelerats per descartar les demandes de protecció *manifestament* infundades, per tal d'alleugerir la càrrega que suportaven les autoritats estatals encarregades de determinar la qualitat de refugiat i la necessitat de protecció, i per garantir l'eficàcia dels procediments per garantir asil a qui veritablement ho necessitava.

Els estats, però, van entomar la noció per fer-ne un *instrument de regulació de la demanda d'asil feta en frontera*, que sovint comporta que les autoritats de policia facin un examen accelerat de la demanda sense respectar les garanties mínimes, o que facin un *refús immediat* de la demanda i del demandant<sup>39</sup>. El resultat de l'aplicació massiva i sense les garanties adequades de conceptes relatius a demandes *manifestament infundades*, *primer país d'asil*, *tercer estat segur* o *país d'origen segur* per part dels estats ha conduït sovint a la reducció cap a l'infinit i, fins i tot, a la supressió del dret dels demandants d'asil de gaudir d'un asil provisional en el territori de l'estat on demanen asil. En els estats, sovint, l'aplicació de les previsions que es refereixen a aquestes categories de demandes d'asil condueix al refús d'entrada en el territori i a l'exclusió dels beneficis inherents a l'asil provisional.

#### 1. Les demandes manifestament infundades en les conclusions de l'ACNUR

386. El Comitè executiu de l'ACNUR va adoptar l'any 1983 la Conclusió núm. 30 (XXXIV) anomenada *El problema de les demandes manifestament no fonamentades o abusives de l'estatut de refugiat o d'asil*<sup>40</sup>. En ella s'expressa que les demandes de refugi presentades per persones que no tenen cap raó vàlida per ser considerades refugiats constitueixen un greu problema en un cert nombre d'estats parts a la Convenció de 1951 i al Protocol de 1967, i que aquestes demandes *constitueixen una càrrega per als estats afectats i perjudiquen els interessos d'aquells qui tenen bones raons per demanar que se'ls reconegui l'estatut de refugiat* (paràgraf c). Per aquest motiu el Comitè executiu considera que els procediments nacionals de determinació de l'estatut de refugiat podrien preveure *disposicions especials per tractar amb celeritat les demandes considerades tant manifestament infundades que no mereixen un examen aprofundit a cada estadi del procediment*. En aquesta conclusió no es defineix clarament què s'ha d'entendre per *demanda manifestament infundada* però se'n dedueix que les demandes qualificades de *clarament abusives* o *manifestament infundades*, són aquelles *clarament fraudulent*es o que no tenen a veure ni amb els criteris previstos per la Convenció de les

---

<sup>39</sup> Denis Alland, Catherine Teitgen-Colly, *Traité du droit de l'asile*, op. cit., pàgs. 242-243.

<sup>40</sup> ExCOM ACNUR, Conclusió N° 30 (XXXIV), *Le problème des demandes manifestement infondées ou abusives du statut de réfugié ou d'asile*.

Nacions Unides de 1951 per al reconeixement de l'estatut de refugiat, ni amb altres criteris que justifiquen la concessió d'asil (paràgraf d).

El Comitè executiu de l'ACNUR reconeix, no obstant, el caràcter fonamental de les decisions en les que una demanda de refugi sigui jutjada *manifestament infundada* o *abusiva*, així com les conseqüències greus que una decisió errònia comportarien per al demandant. Per aquest motiu, recomana que la decisió s'adopti amb les garanties procedimentals adequades. Entre aquestes garanties, destaquen les següents:

1. que un funcionari plenament qualificat, i en la mesura del possible, un funcionari del servei competent per determinar l'estatut de refugiat tingui amb el demandant una entrevista personal completa;
2. que el caràcter manifestament *infundat* o *abusiu* d'una demanda sigui establert per l'autoritat normalment competent per determinar l'estatut de refugiat; i
3. que en cas de refús de la demanda, l'interessat tingui la possibilitat de fer revisar la decisió negativa abans de ser refusat a la frontera o expulsat del territori

Malgrat tot, s'admet que el procediment de revisió pot ser més simple i més ràpid que el que s'aplica en cas de refús de demandes que no són jutjades *manifestament infundades* o *abusives*<sup>41</sup>.

L'any 1989, l'ACNUR va fer una altra conclusió, la núm. 58 (XL), aquest cop, per tractar del *Problema dels refugiats i dels demandants d'asil que marxen de forma il·lícita d'un país on la protecció els havia estat ja concedida*<sup>42</sup>. Aquesta conclusió es basa en la idea que els desplaçaments il·legals de refugiats o demandants d'asil que han rebut alguna forma de protecció en un país d'acollida cap a altres estats, tenen un efecte desestabilitzador sobre els esforços internacionals organitzats per oferir solucions durables apropiades als refugiats. Es considera inacceptable i fraudulent la utilització de documents falsos i el fet de llençar deliberadament documents com els justificants de viatge per tal d'*abusar* de les autoritats i procediments dels països on arriben els estrangers, evitant la identificació de les estades anteriors a l'arribada. En base a això es propugna una acció concertada dels governs amb l'ajut de l'ACNUR per tal d'identificar les causes d'aquests desplaçaments i intentar posar-hi remei amb la garantia d'un tracte digne i la recerca de solucions durables en el territori per aquests demandants d'asil. D'altra banda, s'admet que, quan, malgrat tot, es produeixi un desplaçament il·lícit d'aquest tipus, els demandants d'asil poden ser reenviats al país on havien trobat protecció, sempre que siguin protegits contra mesures de *refoulement*, i sempre que

---

<sup>41</sup> ExCOM ACNUR, Conclusió N° 30 (XXXIV), *Le problème des demandes manifestement infondées ou abusives du statut de de réfugié ou d'asile*, § e).

<sup>42</sup> ExCOM ACNUR, Conclusió N° 58 (XL), *Problème des réfugiés et des demandeurs d'asile quittant de façon irrégulière un pays où la protection leur a déjà été accordée*.

estiguin autoritzats a restar-hi i siguin tractats d'acord amb les normes humanitàries de base fins a la consecució d'una solució durable.

## 2. Les demandes manifestament infundades en el marc de la cooperació europea en assumptes de justícia i d'interior

387. Arran d'una determinada percepció de la immigració en general i els demandants d'asil en particular com a factors amenaçadors, els estats europeus han anat modelant les seves legislacions internes per tal d'excloure la pròpia responsabilitat sobre els demandants d'asil presents en el seu territori. En un primer moment, van fonamentar aquesta estratègia en conceptes com *tercer estat d'asil* o *estat segur* per refusar, sobretot, el tractament de les demandes de persones que accedien al territori per via terrestre. També es va generalitzar l'exigència de visat per entrar en el territori i es van començar a imposar sancions als transportistes per tal d'evitar l'arribada de demandants d'asil per mitjans aeris o marítims. Després, els estats han anat perfilant aquests conceptes i adaptant-los a la cooperació internacional endegada en aquests matèries entorn dels anys vuitanta, en el marc de la cooperació en afers d'interior dels estats membres de la Unió europea.

En aquest context, l'harmonització europea dels criteris i procediments per a l'entrada en el territori de les persones demandants d'asil es va basar, primerament, en la *Resolució sobre les demandes d'asil manifestament infundades*, la *Resolució sobre una aproximació harmonitzada de les qüestions relatives als països tercers d'acollida*, i les *Conclusions respecte dels països on, per regla general, no existeix risc seriós de persecució*, adoptades pels ministres dels estats membres de les Comunitats europees responsables d'immigració, reunits a Londres, els dies 30 de novembre i 1 de desembre de 1992<sup>43</sup>. Aquests textos parteixen de les mateixes consideracions sobre l'abús dels procediments que el Comitè executiu de l'ACNUR havia fet l'any 1983 a la Conclusió general núm. 30 (XXXIV), i l'any 1989 a la Conclusió general núm. 58 (XL). En el cas dels dos primers, s'inclou un compromís dels estats d'adaptar les respectives legislacions nacionals en el sentit del contingut de les resolucions, i incorporar-hi els principis enunciats.

---

<sup>43</sup> *Résolution sur les demandes d'asile manifestement infondées, Résolution sur une approche harmonisée des questions relatives aux pays tiers i Conclusions concernant les pays où, en règle générale, il n'existe pas de risque sérieux de persécution*, dels Ministres dels estats membres de les CCEE responsables d'immigració, Londres 30 de novembre-1 de desembre de 1992, SN 4822/1/92-WGI 1282-1283-1284. Reproduïts a *Recueil de traités et autres textes de droit international concernant les réfugiés et les personnes déplacées*, vol. II, Ginebra: Division de la protection internationale de l'Office de l'Haut Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés, 1997, XC, pàgs. 523-533. Comenta aquests textos, per exemple, François Crépeau, *Droit d'asile. De l'hospitalité aux contrôles migratoires*, Brussel·les: Editions Bruylant-Éditions de l'Université de Bruxelles, 1995, pàgs. 259-291; i Antonio Muñoz Aunió, *La política común europea del derecho de asilo*, València: Tirant lo Blanch, 2006, pàgs. 87-106.

A la primera *Resolució* es considera que una demanda d'asil *manifestament infundada* és aquella que clarament no respon a cap dels criteris de fons definits per la Convenció de Ginebra i el Protocol de Nova York, perquè els motius que s'invoquen no tenen res a veure amb els motius de persecució; perquè *el temor de ser perseguit en el propi país que fa valer el demandant està manifestament desproveït de tot fonament o no té cap credibilitat*<sup>44</sup>; o bé, perquè *la demanda es recolza en un frau deliberat o constitueix un recurs abusiu als procediments en matèria d'asil*<sup>45</sup>.

---

<sup>44</sup> El *temor injustificat de persecució* es defineix als paràgrafs 6 a 8 de la resolució. Al paràgraf 6 es diu que poden ser examinades com a demandes manifestament no fonamentades les que no poden donar lloc a reconeixement de l'estatut de refugiat en el sentit de la Convenció de Ginebra, quan hi hagi desviació de procediment, absència absoluta de mitjans de prova o absència absoluta de credibilitat

*Les Etats membres peuvent examiner, conformément aux dispositions du point 2 ci-dessous, toute demande qui ne peut pas donner lieu à l'octroi du statut de réfugié au sens de la Convention de Genève pour une des raisons suivantes:*

*les motifs de la demande ne relèvent pas du champ d'application de la Convention de Genève: le demandeur n'invoque pas de crainte de persécution du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques, mais des motifs tels que la recherche d'un emploi ou de meilleures conditions de vie;*

*la demande est dépourvue de tout fondement: le demandeur n'apporte aucun élément établissant qu'il y aurait des raisons de craindre des persécutions ou son récit ne contient pas d'éléments circonstanciés ou personnels;*

*la demande est manifestement dépourvue de toute crédibilité: le récit est incohérent, contradictoire ou invraisemblable*

D'acord amb el paràgraf 7 els estats poden examinar com a demandes manifestament no fonamentades les demandes d'asil que invoquen persecucions que estan *clarament limitades a una àrea geogràfica determinada* quan l'interessat pot trobar una protecció *eficaç* en una altra part del seu propi país, on es pot esperar raonablement que es traslladi, sempre que així ho disposin els estats després de tenir en compte les informacions de l'ACNUR (s'estableix la cautela d'un examen individual en tot cas). En el paràgraf 8 es contempla la possibilitat que un estat membre decideixi d'acord amb les *Conclusions* dels Ministres encarregats de la immigració d'1 de desembre de 1992, que en un país determinat no existeix, per regla general, risc seriós de persecució, és a dir, es contempla la possibilitat d'aplicar el concepte d'*estat d'origen segur*. L'objectiu és arribar a una apreciació comuna dels països que entrarien dins d'aquesta definició. El concepte d'*estat d'origen segur* s'entén com una presumpció general *iuris tantum* que pot ser infirmada pel demandant d'asil en l'examen individual de la demanda.

<sup>45</sup> El *frau deliberat o recurs abusiu als procediments d'asil* es defineixen als paràgrafs 9 i 10 de la resolució. En el paràgraf 9 es diu que els estats poden examinar com a demandes *manifestament infundades* en el marc d'un procediment accelerat les demandes d'asil en què sense raó vàlida, el demandant hagi

*fondé sa demande sur une fausse identité ou sur des documents faux ou falsifiés, dont il a affirmé l'authenticité lorsqu'il a été interrogé à leur sujet;*

*délibérément fait de fausses déclarations verbales ou écrites au sujet de sa demande, après avoir demandé l'asile;*

*détruit, endommagé ou fait disparaître de mauvaise foi un passeport ou tout autre document ou billet pouvant servir à l'examen de sa demande, dans le but d'établir une fausse identité pour les besoins de sa demande d'asile ou d'en compliquer l'examen;*

*délibérément omis de signaler qu'il avait précédemment présenté une demande dans un ou plusieurs pays, notamment sous de fausses identités;*

*ayant eu largement au préalable l'occasion de présenter une demande d'asile, présentée la demande en vue de prévenir une mesure d'expulsion imminente;*

*omis de manière flagrante de s'acquitter d'obligations importantes imposées par la réglementation nationale sur les procédures d'asile;*

*présenté une demande dans l'un des Etats membres, après avoir vu sa demande rejetée dans un autre pays à la suite d'un examen comprenant des garanties de procédure appropriées et*

Els estats poden sotmetre les demandes d'aquest tipus a un *procediment accelerat* que no ha de comportar necessàriament un examen complert en cada estadi del procediment, i també poden aplicar *procediments d'admissibilitat* en virtut dels quals les demandes poden ser refusades ràpidament *per raons objectives* (paràgraf 2). Es preveu que una primera decisió sobre les demandes *manifestament infundades* ha de poder ser adoptada el més ràpidament possible i, en principi, sempre dins en el termini d'un mes.

Assumint les recomanacions del Comitè executiu de l'ACNUR de la Conclusió núm. 30 (XXXIV), es preveuen com a garanties la possibilitat d'endegar un procediment d'apel·lació o de revisió, tot i que aquests poden ser més simples que els previstos per a les altres demandes d'asil refusades; que la decisió de refús d'una demanda d'asil sigui adoptada en tot cas per una autoritat competent degudament qualificada en matèria d'asil o refugi; i que la persona ha de poder entrevistar-se personalment amb un funcionari qualificat, autoritzat en termes de la legislació nacional, abans que es prengui una decisió definitiva (tot i que no queda clar que ha de tractar-se d'un funcionari del servei que ha de prendre la decisió) (paràgrafs 2-4).

388. En el segon text, la *Resolució sobre una aproximació harmonitzada de les qüestions relatives als països tercers d'acollida*, es preveuen el procediment per a l'aplicació de la noció; les condicions i criteris que permeten qualificar un país de *país tercer d'acollida*; i les relacions entre el Conveni de Dublín i aquesta noció.

Pel que fa al procediment es preveu que la qüestió *formal* de la determinació del *país tercer d'acollida* es plantegi abans de l'examen *material* de la demanda d'asil i els seus motius; i que quan existeixi un país tercer d'acollida *l'examen de la demanda de l'estatut de refugiat pot ser refusat i el demandant d'asil reenviat cap aquest país*. Aquesta noció s'aplicarà a tots els demandants d'asil i, si a la pràctica el demandant d'asil no pot ser reenviat a un país tercer d'acollida, llavors s'aplicaran les disposicions del Conveni de Dublín, com s'ha analitzat al Capítol IX. En tot cas, els estats conserven la potestat, per raons humanitàries, de no allunyar els demandant d'asil cap un país tercer d'acollida (paràgraf 1).

Quatre condicions o criteris permeten segons aquesta resolució considerar un país com a *país tercer d'acollida*:

- a. el demandant d'asil no ha de ser-hi objecte d'amenaques contra la vida o la llibertat en el sentit de l'article 33 de la Convenció de Ginebra;
- b. el demandant d'asil no ha de ser-hi exposat a tortura o a tractaments inhumans o degradants;

---

*conforme à la Convention de Genève relative au statut des réfugiés.*

En el paràgraf 10 s'estableix que els elements enumerats al paràgraf 9 són *indicis evidents de mala fe* i justifiquen que un cas sigui tractat d'acord amb els procediments descrits al paràgraf 2 si el demandant no dóna explicacions satisfactòries del seu comportament. No obstant, es diu que per elles mateixes no invaliden un *temor legítim de persecució*, que en tot cas el demandant ha de demostrar.

- c. bé el demandant d'asil ja ha obtingut una protecció en el país tercer, o ha tingut la *possibilitat a la frontera o sobre el territori del país tercer, de sol·licitar la protecció de les autoritats d'aquest país* abans d'adreçar-se a l'estat membre on demana asil, o bé resulta *manifest* que pot ser admès en un país tercer; i
- d. el demandant d'asil ha de poder beneficiar en el país tercer d'acollida d'una protecció eficaç contra el *refoulement* en el sentit de la Convenció de Ginebra (paràgraf 2).

Finalment, es considera que el refús cap un *tercer país d'asil* pot ser efectuat tant pel primer estat membre on es presenta una demanda d'asil, com per part d'aquell estat considerat responsable segons el Conveni de Dublín, que no pot declinar la seva responsabilitat amb l'argument que el primer país hauria hagut de reconduir el demandant cap un país tercer d'asil (paràgraf 3).

3. Les demandes inexaminables, inadmissibles i manifestament infundades en el Dret de la Unió i, especialment, a la *Directiva 2005/85/CE del Consell sobre normes mínimes per als procediments que han d'aplicar els estats membres per concedir o retirar la condició de refugiat*<sup>46</sup>

389. La directiva sobre procediments ha estat la darrera norma adoptada encara seguint el procediment establert en el Tractat d'Amsterdam per a la primera fase de l'establiment d'un Espai de Llibertat, Seguretat i Justícia, com s'ha vist en capítols anteriors. Després d'una tramitació complexa, el resultat assolit no permet albirar canvis realment importants en els temes més problemàtics dels procediments aplicats en els estats membres per a l'examen de les demandes d'asil, sobretot, en el cas de les presentades a la frontera. La proposta modificada de directiva del Consell *sobre normes mínimes per als procediments que han d'aplicar els estats membres per concedir o retirar la condició de refugiat*<sup>47</sup>, preveia que les demandes d'asil podien ser refusades en primera instància en un procediment accelerat si eren *inadmissibles, manifestament infundades* o *infundades*. Tres eren per tant, les categories previstes per a un procediment accelerat i, a banda es preveien disposicions per a ser seguides en la resta de procediments. A la Directiva 2005/85/CE, s'augmenta el nombre de categories en què es pot excloure un examen substantiu i/o complet de les demandes d'asil, i en què la persona pot no ser admesa en el territori, i/o gaudir d'un asil provisional de durada i

<sup>46</sup> 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.

<sup>47</sup> 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, Brusel·les, 18 de juny de 2002, COM (2002) 326 final, 2000/0238 (CNS).

contingut extremadament reduïts. S'estableix que les demandes d'asil poden ser *inexaminables, inadmissibles, manifestament infundades i infundades*; i que, excepte les primeres, respecte de les quals s'aplica un procediment que es podria anomenar *supersimplificat*, la resta poden ser tramitades d'acord amb un procediment *accelerat*.

390. DEMANDES D'ASIL NO EXAMINABLES: PROCEDIMENT *SUPERSIMPLIFICAT*. De la normativa europea actual es desprèn que hi ha tres casos en què una sol·licitud d'asil presentada per part d'una persona estrangera que es troba sota l'autoritat d'un estat membre a les autoritats d'aquest estat, no serà examinada, en principi. En primer lloc, el cas de les demandes d'asil presentades per part d'una persona nacional d'un estat membre davant de les autoritats d'un altre estat membre. En segon lloc, el cas de les demandes d'asil presentades davant de les autoritats d'un estat membre quan un altre estat membre n'és responsable d'acord amb les disposicions del sistema de Dublín. I, en tercer lloc, quan el demandant d'asil hagi entrat o estigui intentant entrar des d'un *estat europeu segur*, d'acord amb les disposicions de la *Directiva 2005/85/CE del Consell sobre normes mínimes per als procediments que han d'aplicar els estats membres per concedir o retirar la condició de refugiat*.

El primer cas es deriva del controvertit *Protocol sobre asil a nacionals dels estats membres de la Unió Europea* adoptat a instàncies del govern espanyol amb motiu de la signatura del Tractat d'Amsterdam<sup>48</sup>. Els estats membres es reconeixen recíprocament països d'origen segurs a tots els efectes jurídics i pràctics en relació amb afers d'asil, a través d'aquest protocol, i aproven que una demanda d'asil presentada per un nacional d'un estat membre només podrà ser presa en consideració o ser declarada admissible: quan l'estat membre del qual el demandant d'asil és nacional hagi establert excepcions a l'aplicació en el seu territori del Conveni europeu per a la protecció dels drets humans; quan s'hagi iniciat el procediment previst al Tractat de la Unió Europea per constatar que en l'estat membre del qual és nacional el demandant d'asil hi ha un risc greu que siguin vulnerats els principis en què es basa la Unió; o quan s'hagi determinat respecte d'aquest estat que en ell hi ha una violació greu i persistent d'aquests principis. Els estats conserven, malgrat tot, d'acord amb el protocol, el dret de decidir unilateralment tramitar la demanda d'asil, cas en el que ho comunicaran al Consell i consideraran la demanda d'asil com a *manifestament infundada*.

El segon cas es deriva de l'aplicació del Conveni de Dublín o del *Reglament (CE) núm. 343/2003 del Consell de 18 de febrer de 2003 pel qual s'estableixen els criteris i mecanismes de determinació de l'estat membre responsable de l'examen d'una sol·licitud d'asil presentada en un dels estats membres per un nacional d'un tercer país*.

---

<sup>48</sup> També conegut com a *Protocol Aznar. Protocolo sobre asilo a nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea*, "Protocolos anejos al tratado Constitutivo de la Comunidad Europea", *Tratado de Amsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, firmado el 2 de octubre de 1997, DOCE de 10.11.1997, N° C 340/103-104*.

En ell s'estableix que quan l'estat membre requerit hagi acceptat fer-se càrrec del sol·licitant, l'estat membre en el territori del qual s'hagi presentat la demanda notificarà al sol·licitant la decisió de *no examinar* la sol·licitud<sup>49</sup>.

El tercer cas es preveu a la Directiva 2005/85/CE, on s'estableix que

*Els estats membres podran establir que no es realitzi un examen de la sol·licitud d'asil i de la seguretat del sol·licitant en les seves circumstàncies particulars, tal com es descriu en el capítol II, quan una autoritat competent hagi comprovat, basant-se en els fets, que el sol·licitant d'asil està intentant entrar o ha entrat il·legalment en el seu territori procedent d'un tercer país*<sup>50</sup>.

Per aplicar aquesta disposició la directiva es refereix al concepte de *tercers països segurs europeus* (coneguts també per *tercers països supersegurs*) els quals, per ser considerats així, han de:

- a. haver ratificat la Convenció de Ginebra sense restriccions geogràfiques i observar les seves disposicions;
- b. tenir un procediment d'asil prescrit per la llei;
- c. haver ratificat el Conveni europeu per a la protecció dels drets humans i les llibertats fonamentals i compleix les seves disposicions, incloses les normes relatives al recurs efectiu;
- d. haver estat designats pel Consell per majoria qualificada, a proposta de la Comissió i prèvia consulta al Parlament Europeu<sup>51</sup>.

D'acord amb la redacció de la directiva, cal entendre que l'examen relatiu a si l'estat europeu segur *observa* les disposicions de la Convenció de Ginebra, *té* un procediment d'asil previst per llei, i *compleix* les disposicions del Conveni europeu per al protecció dels drets humans, incloses les normes relatives al recurs efectiu, es farà únicament als efectes d'aprovar la llista d'*estats europeus segurs* per part del Consell. Els problemes principals que resulten de qualsevol llista d'estats segurs són, en primer lloc, la seva relativa estabilitat, i la dinàmica que creen a favor d'una presumpció que ha de ser destruïda per part del demandant d'asil; i, en segon lloc, que els demandants d'asil han de lluitar contra una presumpció que s'ha creat perquè *en general* l'estat inclòs a la llista compleix la normativa exigida, fins i tot quan en el seu cas particular és legítim la petició d'asil i de no ser retornats a l'estat que *en general* és considerat *segur*. En la previsió de la directiva, la presumpció que els estats inclosos a la llista d'estats europeus segurs ho són en tots els casos de demandants d'asil que han entrat o pretenen entrar procedents d'aquests estats es converteix en una presumpció *iuris et de iure*,

---

<sup>49</sup> Article 19 § 1 del *Reglamento (CE) N° 343/2003 del Consejo de 18 de febrero de 2003 por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país*, DOUE de 25 de febrer de 2003, N° L 50/7.

<sup>50</sup> Article 36 § 1, Directiva 2005/85/CE de procediments.

<sup>51</sup> Article 36 § 2-3, Directiva 2005/85/CE de procediments.



contrària als estàndards internacionals que disposen el dret dels demandants d'asil d'accedir a un procediment que determini la seva necessitat de protecció.

D'acord amb la directiva *els estats membres interessats establiran en el seu dret intern les modalitats d'aplicació de les disposicions abans mencionades i les conseqüències de les decisions adoptades arran d'aquestes disposicions, de conformitat amb el principi de no devolució consagrat per la Convenció de Ginebra, inclòs l'establiment d'excepcions respecte de l'aplicació del present article per raons humanitàries o polítiques o per raons de Dret internacional públic*<sup>52</sup>.

391. Pel que fa a aquesta disposició, en primer lloc, no s'entén massa que es parli d'estats membres *interessats* en aquest cas i no en els altres en què es parla d'estats membres. Si es referís a que no tots els estats membres estan obligats per la directiva (Dinamarca no hi està obligada) sempre caldria emprar l'expressió d'*estats membres interessats*; i si es refereix a les modalitats d'aplicació de la previsió i a les conseqüències de les decisions adoptades, sembla obvi que tots els estats obligats per la directiva hauran de preveure d'una manera o altre aquestes modalitats d'aplicació i conseqüències. D'altra banda, tots els estats són parts de la Convenció de Ginebra i de les normes de dret internacional, inclòs el principi de *non refoulement*, cosa que fa que tots hagin de controlar el respecte d'aquest principi i preveure excepcions al menys per a quan la seva aplicació impedeixi efectuar la devolució.

L'exigència de controlar cas per cas l'aplicació del principi de *non refoulement* fa que sempre calgui fer un examen, encara que sigui molt simple de la situació de la persona, en un procediment sobre la demanda d'asil o bé en el procediment relatiu al seu allunyament. En tot cas, com la mateixa directiva reconeix implícitament, parlar de demandes que poden *no ser examinades* es converteix en una fal·làcia que únicament es justifica per la voluntat de crear una nova categoria de demandes que no arribin ni tan sols formalment a accedir al procediment d'admissibilitat però que, en definitiva, com en ells, són *examinades* formalment i no substantivament, tot i que en relació a un únic element, la prova dels fets que demostren que la persona ha entrat o pretén entrar des d'un *estat europeu segur*. La directiva ho reconeix quan exigeix que els estats donin als demandants d'asil un document on s'informi en l'idioma del país tercer que no ha estat examinat *el fons* de la sol·licitud<sup>53</sup>. En definitiva, tenint en compte que la conseqüència del *no examen* en els casos previstos, i la inadmissibilitat de les demandes d'asil és la mateixa, així com també la seva raó de ser principal, el no examen dels motius de fons de les demandes, els requisits de claredat i certesa de la normativa aplicable als particulars fan preferible l'opció per una única categoria de demandes d'asil que no seran examinades substantivament o que ho seran únicament pel que fa a qüestions formals, que és el de les demandes d'asil inadmissibles. Altra cosa és si en tots els casos

---

<sup>52</sup> Article 36 § 4, Directiva 2005/85/CE de procediments.

<sup>53</sup> Article 36 § 5, Directiva 2005/85/CE de procediments.

en què a la normativa europea i dels estats membres es preveu el no examen o la inadmissibilitat de les demandes d'asil, aquestes opcions estan justificades, o s'adeqüen als estàndards internacionals que exigeixen l'accés efectiu a un procediment d'asil que permeti determinar la qualitat de refugiat o la necessitat de protecció dels sol·licitants.

392. DEMANDES D'ASIL INADMISSIBLES. ELS CONCEPTES DE *PRIMER PAÍS D'ASIL* I DE *TERCER PAÍS SEGUR*. D'acord amb la Directiva 2005/85/CE els estats membres *podran* considerar inadmissible una sol·licitud d'asil si es dona alguna de les circumstàncies següents:

- a. un altre estat membre ha concedit l'estatut de refugiat;
- b. un país que no sigui un estat membre es considera *primer país d'asil* del sol·licitant;
- c. un país que no sigui un estat membre es considera *tercer país segur* per al sol·licitant;
- d. es permet al sol·licitant romandre en l'estat membre de què es tracti per algun altre motiu, a conseqüència del qual li ha estat concedit un estatut equivalent als drets i beneficis de l'estatut de refugiat en virtut de la Directiva 2004/83/CE;
- e. es permet al sol·licitant romandre en el territori de l'estat membre de que es tracti per algun altre motiu, cosa que el protegeix del retorn mentre es resol el procediment per determinar un estatut de protecció equivalent als drets i beneficis de l'estatut de refugiat;
- f. el sol·licitant ha presentat una sol·licitud idèntica a una altra respecte de la qual s'ha emès una resolució ferma;
- g. una persona a càrrec del sol·licitant presenta una sol·licitud un cop ha consentit que el seu cas s'inclouï en una sol·licitud presentada en nom seu i no hi hagi dades relatives a la situació de la persona que justifiquin una sol·licitud per separat<sup>54</sup>.

D'acord amb aquestes disposicions la inadmissibilitat prové, bé del fet que el demandant d'asil es considera que és una persona protegida en algun país, on demana ser reconegut com a refugiat o en un altre, o bé, del fet que la demanda no és una demanda d'asil original o una *fresh claim*.

Respecte del supòsit (a)) en primer lloc, no es preveu expressament la cautela necessària per aplicar aquesta clàusula sobre que el refugiat pugui acollir-se encara a la protecció concedida, que sí es preveu per al cas dels primers països d'asil, i que caldrà sobreentendre també en aquest cas; i, en segon lloc, aquest cas pot coincidir amb el supòsit de fet en què és aplicable el sistema de Dublín, fet que pot determinar que la demanda d'asil sigui inexaminable, si és possible seguir mantenint una diferència real entre les categories d'*inexaminabilitat* i d'*inadmissibilitat*.

---

<sup>54</sup> Article 25 § 2, Directiva 2005/85/CE de procediments.

Pel que fa al cas (b)), un país podrà ser considerats *primer país d'asil* respecte d'un sol·licitant,

- a. si hi ha estat reconegut com a refugiat i pot acollir-se encara a aquesta protecció, o bé,
- b. si hi gaudeix de protecció suficient, i s'hi acull al principi de *non refoulement*; sempre que el sol·licitant d'asil sigui readmès en aquest país<sup>55</sup>.

393. En aplicar el concepte de primer país d'asil a les circumstàncies particulars d'un sol·licitant d'asil, els estats podran tenir en compte els principis previstos per a l'aplicació del concepte de *tercer país segur* (c)). Els estats, per aplicar-lo han de tenir la certesa que el sol·licitant hi rebrà un tracte conforme als principis següents:

- a. la seva vida o llibertat no estaran amenaçades per raó de raça, religió, nacionalitat, pertinença a un grup social particular o opinió política;
- b. es respecta el principi de no devolució, de conformitat amb la Convenció de Ginebra;
- c. es respecta la prohibició d'expulsió en cas de violació del dret de no ser sotmès a tortures ni a tractes cruels, inhumans o degradants, establert en el Dret internacional;
- d. existeix la possibilitat de sol·licitar l'estatut de refugiat i, en cas de ser refugiat, rebre protecció d'acord amb la Convenció de Ginebra<sup>56</sup>.

L'aplicació del concepte de *tercer país segur* es remet a les disposicions del dret nacional dels estats<sup>57</sup>, tot i que s'estableix que aquestes normes han de:

1. requerir una relació entre el sol·licitant d'asil i el tercer país per la qual seria raonable que el demandant anés a aquest país;
2. preveure el mètode pel qual les autoritats competents tenen la certesa que es pot aplicar el concepte de tercer país segur a un país o a un sol·licitant concrets. Aquest mètode inclourà l'estudi per a cada cas concret sobre la seguretat del país per a cada sol·licitant concret o la relació nacional dels països considerats generalment com a segurs;

---

<sup>55</sup> Article 26 Directiva 2005/85/CE de procediments.

<sup>56</sup> Article 27 § 1, Directiva 2005/85/CE de procediments.

<sup>57</sup> A la Proposta modificada de directiva del Consell de juny de 2002, es preveien uns requisits i un procediment més acurats per determinar que determinats estats eren *tercers països segurs*. Es preveia que ho fossin aquells que haguessin estat designats pels estats membres d'acord amb els principis establerts a l'Annex I de la Proposta modificada de directiva: que l'estat observés *sistemàticament les normes de dret internacional sobre la protecció dels refugiats*, i observés *sistemàticament les normes fonamentals de dret internacional sobre drets humans que no poden derogar-se en temps de guerra ni d'altres crisis públiques que amenacen la vida de la nació*. En l'Annex I es definien també el procediment de designació i les normes del Dret del refugi i del Dret dels drets humans que els estats havien de complir. A més a més, l'article 28 de la Proposta modificada de directiva establia que, per determinar si un estat tercer era *segur* per a un demandant d'asil en concret, calia establir que aquest tenia una relació amb aquest país, *o que havia tingut l'oportunitat de demanar-hi asil*; que hi havia motius per considerar que el demandant d'asil en concret seria admès o readmès en el territori; i que no hi havia motius per considerar que el tercer país no era un *tercer país segur* en les seves circumstàncies particulars.

3. permetre, d'acord amb el Dret internacional, realitzar un estudi individual de que el país de què es tracti és segur per a cada sol·licitant concret que, com a mínim, faci que el sol·licitant pugui impugnar l'aplicació del concepte de tercer país segur al·legant que estaria sotmès a tortures o sancions o tractaments cruels, inhumans o degradants<sup>58</sup>.

Per aplicar el supòsit (c), a més, els estats han d'informar-ne al sol·licitant; li han de trametre un document que faci saber a les autoritats del *tercer país segur*, en la llengua d'aquest país, que no s'ha fet un examen de fons de la sol·licitud; i el tercer país ha d'autoritzar al demandant d'asil a entrar en el seu territori<sup>59</sup>. D'altra banda, cal tenir en compte que, després de la jurisprudència de l'afer *T.I contra el Regne Unit* de 2000 del Tribunal europeu de drets humans<sup>60</sup>, els estats no poden aplicar automàticament el concepte de tercer estat segur sense tenir en compte les seves obligacions que es deriven del Conveni europeu, especialment, de l'article 3<sup>61</sup>.

394. L'aplicació del supòsit (e) únicament esdevindria coherent en el cas que els estats membres decidissin aplicar les normes mínimes relatives al procediment també als casos de demandes d'asil diferents de les basades en la condició de refugiat d'acord amb la Convenció de Ginebra, respecte de les quals, en principi, no obliga la Directiva 2005/85/CE<sup>62</sup>. En cas contrari, res garanteix que els demandants d'asil respecte de qui està pendent l'examen de concessió de protecció subsidiària, tindran les mateixes oportunitats de procediment que els refugiats d'obtenir asil.

El supòsit (d), en principi, hauria d'evitar el problema d'una interpretació extensiva del requisit aplicat en alguns estats com en el Regne Unit en relació a les anomenades *fresh claims*, ja que a la directiva s'estableix que la demanda d'asil podrà ser considerada inadmissible només si és *idèntica* a una anterior resolta en ferm.

D'acord amb la Directiva 2005/85/CE, els estats membres no estaran obligats a examinar si un sol·licitant d'asil compleix els requisits necessaris per qualificar-lo com a refugiat quan una sol·licitud sigui considerada inadmissible.

395. DEMANDES D'ASIL MANIFESTAMENT INFUNDADES, INFUNDADES I PROCEDIMENT ACCELERAT. La Directiva 2005/85/CE preveu que els estats podran disposar que es doni prioritat o s'acceleri el procediment en determinats casos. Aquests mateixos casos són els que els

---

<sup>58</sup> Article 27 § 2, Directiva 2005/85/CE de procediments.

<sup>59</sup> Article 27 § 3-4, Directiva 2005/85/CE de procediments.

<sup>60</sup> *Vid. Supra* Capítol IX.

<sup>61</sup> Com ho recorda l'Assemblea parlamentària del Consell d'Europa, a la *Résolution 1471 (2005) Procédures d'asile accélérées dans les Etats membres du Conseil de l'Europe*, 7 d'octubre de 2005, §8.3.1.

<sup>62</sup> Els estats poden, no obstant, ampliar l'àmbit d'aplicació de la directiva a aquests supòsits, d'acord amb l'article 3 § 3-4 de la Directiva 2005/85/CE de procediments.

estats membres, si així ho defineixen a la seva legislació interna, podran considerar que la sol·licitud és *manifestament infundada*<sup>63</sup>. Aquests supòsits són que:

- a. el sol·licitant, en presentar la seva sol·licitud i exposar els fets, hagués plantejat exclusivament qüestions que no tenen relació, o que tenen una relació mínima amb l'examen dels requisits per al reconeixement de la condició de refugiat en virtut de la Directiva 2004/83/CE;
- b. el sol·licitant no complís manifestament els requisits de la condició de refugiat o que donen dret a l'estatut de refugiat en un estat membre en virtut de la Directiva 2004/83/CE;
- c. la sol·licitud d'asil fos infundada:
  - i. per procedir el sol·licitant d'asil d'un *país d'origen segur*; o
  - ii. per considerar-se el país que no és un estat membre un *tercer país segur* per al sol·licitant;
- d. el sol·licitant hagués enganyat a les autoritats amb la presentació d'informació o documentació falsa o la no revelació d'informació pertinent sobre la seva identitat o la seva nacionalitat que podria haver tingut un efecte negatiu en la resolució;
- e. el sol·licitant hagués presentat una altre sol·licitud d'asil declarant altres dades personals;
- f. el sol·licitant no hagués presentat informació que permetés establir amb un grau raonable de certesa la seva identitat o nacionalitat, o fos probable que hagués destruït o hagués esmunyit de mala fe un document d'identitat o de viatge que hauria contribuït a establir la seva identitat o nacionalitat;
- g. el sol·licitant hagués formulat al·legacions incoherents, contradictòries, inversemblants o insuficients que posin clarament de manifest que la seva sol·licitud es poc convincent en allò que fa al fet d'haver patit la persecució q a la que es refereix la Directiva 2004/83/CE;
- h. el sol·licitant hagués presentat una sol·licitud posterior que no plantegi cap circumstància nova rellevant quant a les seves circumstàncies particulars o a la situació en el seu país d'origen;
- i. el sol·licitant, sense motiu raonable, no hagués presentat la seva sol·licitud abans, havent tingut ocasió de fer-ho;
- j. el sol·licitant presentés la seva sol·licitud amb l'única intenció de retardar o frustrar l'aplicació d'una resolució anterior o imminent que donés lloc a la seva expulsió;
- k. el sol·licitant no hagués complert sense motiu justificat les obligacions relatives a la presentació diligent de tots els elements necessaris per fonamentar la seva petició de protecció internacional, com les seves

---

<sup>63</sup> Article 28 § 2, Directiva 2005/85/CE de procediments.

declaracions i tota la documentació de què disposi sobre la seva edat, passat, incloent-hi el de parents relacionats, identitat, nacionalitat o nacionalitats i llocs d'anterior residència, sol·licituds d'asil prèvies, itineraris de viatge, documents d'identitat i de viatge i motius pels quals sol·licita protecció internacional<sup>64</sup>; o no hagués complert les obligacions d'informar les autoritats competents o presentar-se davant d'elles immediatament o en un moment concret, i de trametre documents pertinents per a l'examen de la sol·licitud, com el passaport<sup>65</sup>; o, finalment, quan el demandant no hagués contestat les peticions de facilitar informació essencial per a la seva sol·licitud<sup>66</sup>, o no s'hagués presentat a l'audiència personal prevista, excepte si demostra en un termini raonable que la seva absència es degué a circumstàncies alienes a la seva voluntat, o si hagués desaparegut o hagués abandonat sense autorització el lloc on vivia o estava internat, sense posar-se en contacte amb l'autoritat competent en un termini raonable, o no hagués complert en un termini raonable les seves obligacions d'informació o altres similars<sup>67</sup>.

- l. el sol·licitant hagués entrat il·legalment o prolongat la seva estada il·legalment en el territori de l'estat membre i no s'hagués presentat a les autoritats ni hagués presentat una sol·licitud d'asil amb la major brevetat, sense una raó vàlida, tenint en compte les circumstàncies en què va entrar;
- m. el sol·licitant constituís un perill per a la seguretat nacional o l'ordre públic de l'estat membre o hagués estat expulsat amb caràcter executori per motius greus de seguretat o d'ordre públic d'acord amb el dret nacional;
- n. el sol·licitant es negués a acatar l'obligació de que li siguin preses les seves empremtes dactilars de conformitat amb la legislació comunitària o nacional aplicable;
- o. la sol·licitud hagués estat presentada per una persona menor d'edat, soltera, que s'entengués que ja havia demanat asil a través de la demanda d'algú altre, com els seus pares o progenitors que el tinguin a càrrec seu, després que la sol·licitud d'aquests hagués estat denegada i no s'hagués plantejat cap circumstància nova rellevant quan a les seves circumstàncies particulars o a la situació en el seu país d'origen<sup>68</sup>.

---

<sup>64</sup> Aquestes actuacions està previst que els estats puguin considerar-les obligacions dels demandants d'asil a la Directiva 2004/83/CE sobre requisits; article 4 §1-2.

<sup>65</sup> Està previst que els estats puguin exigir aquestes actuacions a l'article 11 § 2 a)-b) de la Directiva 2005/85/CE de procediments.

<sup>66</sup> Aquesta informació també és la prevista a l'article 4 de la Directiva 2004/83/CE sobre requisits, cosa que causa una repetició inútil en la disposició de la Directiva de procediments.

<sup>67</sup> Previst a l'article 20.1 de la Directiva de procediments.

<sup>68</sup> Totes aquestes causes es preveuen a l'article 23 § 4 de la Directiva 2005/85/CE de procediments.

396. Aquestes causes, previstes per a l'aplicació eventual de procediments accelerats, i que també poden fonamentar la consideració de demandes *manifestament infundades* en els estats, són principalment, de sis tipus:

1. unes es refereixen a la irrellevància de la història del demandant respecte de l'estatut de refugiat (causes *a*) i *b*));
2. unes altres es refereixen a la procedència del demandant d'asil, d'un *país d'origen segur*, o d'un *tercer país segur* per al mateix demandant (*c*));
3. unes altres es refereixen al fet que la demanda d'asil no és, en realitat, una *fresh claim* (causes *e*), *h*) i *o*));
4. unes altres, les més nombroses, sancionen comportaments negatius, enganys o frau que el demandant d'asil suposadament ha fet a les autoritats de l'estat on demana asil (causes *d*), *f*), *i*), *j*), *k*), *l*) i *n*));
5. unes altres sancionen la manca de credibilitat del demandant d'asil (causa *g*)); i, finalment,
6. unes altres es refereixen al fet que el demandant d'asil afecti la seguretat o l'ordre públic (causa *m*)).

Tal com estan redactades a la directiva, les 15 causes resulten sovint de difícil comprensió, en alguns casos repetitives (causa *k*), per exemple), i contenen una gran quantitat d'expressions ambigües, de difícil concreció i que fan difícil albirar una interpretació similar en els estats membres, com per exemple, no complir *manifestament* uns requisits (causa *b*)), *grau raonable de certesa* o *sigui probable que* (causa *f*)), *amb la major brevetat* (causa *l*)), o perill per a la *seguretat nacional* o l'*ordre públic* (causa *m*)).

397. DEMANDES D'ASIL MANIFESTAMENT INFUNDADES, INFUNDADES I PROCEDIMENT ACCELERAT: LA NOCIÓ DE PAÏSOS D'ORIGEN SEGURS. En relació a la causa *c*), d'acord amb la Directiva de procediments, seran *països d'origen segurs* els que s'incloguin en una llista mínima comuna dels estats membres d'acord amb el procediment previst a l'article 29 de la mateixa Directiva<sup>69</sup> i, també, en relació a les demandes d'asil que els presentin en el seu territori, aquells estats o parts que els respectius estats membres designin, com a *tercers estats d'origen segurs* o *parts segures de tercers estats d'origen*, d'acord amb l'article 30.

La Directiva de procediments estableix que la qualificació com a *tercer país d'origen segur* a la llista comuna, o la qualificació com a *tercers estats d'origen segurs* o *parts segures de tercers estats d'origen* per part dels estats cal que s'ajusti a les exigències previstes a l'Annex II de la mateixa directiva<sup>70</sup>. Els estats, de tota manera,

<sup>69</sup> El paràgraf 20 del preàmbul, de tota manera, estableix que, tenint en compte la condició de països candidats de Bulgària i Romania, i dels avenços realitzats en el procés d'adhesió, *se desprende que deberían considerarse como países de origen seguros a los fines de la presente Directiva hasta la fecha de su adhesión a la Unión Europea*.

<sup>70</sup> D'acord amb aquest Annex II es considerarà que un país és un *país d'origen segur* quan, tenint en compte la situació jurídica, l'aplicació del Dret dins d'un sistema democràtic i les circumstàncies

poden mantenir les disposicions legals o reglamentàries que estaven en vigor a data d'1 de desembre de 2005, que permetessin la designació nacional com a *països d'origen segurs* o com a *països o parts de països d'origen segurs per a un grup concret de persones d'aquest país*, si estan convençuts que en aquests, les persones, en general, no pateixen: ni persecució, tal com es defineix aquesta a la Directiva 2004/83/CE sobre normes mínimes sobre els requisits per qualificar una persona com a refugiat; ni tortura o tractaments o penes inhumanes o degradants<sup>71</sup>. Aquestes previsions de la directiva avalen, per tant, l'argument emprat en alguns estats membres sobre que els demandants d'asil provenint de determinats estats, si bé són perseguits o en perill allí d'on venen, podien optar per un desplaçament intern en el propi estat, també anomenat *asil interior*, *alternativa de trasllat* o *internal flight alternative*, i desenvolupen la disposició de la directiva 2004/83/CE sobre requisits per beneficiar de protecció quant a la *protecció interna*<sup>72</sup>.

398. D'acord amb la Resolució 1471 de l'Assemblea parlamentària del Consell d'Europa cal que els estats s'assegurin que hi ha *possibilitats raonables* de

---

polítiques generals, pugui demostrar-se que *de manera general i sistemàtica no existeixen persecució en l'accepció de l'article 9 de la Directiva 2004/83/CE, tortura o tractes o penes inhumanes o degradants ni amenaça de violència indiscriminada en situacions de conflicte armat internacional o intern*. En fer-se aquesta valoració, s'estableix que caldrà tenir en compte, entre d'altres, el grau de protecció que s'ofereix contra la persecució o els maltractaments mitjançant:

- a) *les disposicions legals i reglamentàries pertinents del país i la manera com s'apliquen;*
- b) *l'observació dels drets i llibertats fonamentals establerts en el Conveni Europeu per a la protecció dels drets humans i de les llibertats fonamentals, en el Pacte Internacional de drets Civils i Polítics o en la Convenció contra la Tortura en particular aquells respecte dels que, d'acord amb l'article 15, apartat 2, de l'esmentat Conveni Europeu, no es poden fer excepcions;*
- c) *el respecte del principi de no devolució de conformitat amb la Convenció de Ginebra;*

*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 326/33.*

<sup>71</sup> Article 30 de la Directiva 2005/85/CE de procediments.

<sup>72</sup> *Directiva 2004/83/CE del Consejo de 29 d'abril de 2004 por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto 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 30.9.2004, L 304/16, article 8.* Els estats poden refusar la protecció si en una part del país d'origen no hi ha temors fonamentats de ser perseguït o un risc real de patir danys greus, i és raonable esperar que el sol·licitant es quedi en eixa part del país. La redacció final de la disposició va eliminar, en perjudici per als demandants d'asil, la proposada de la Comissió en aquest punt sobre que en cas de persecució estatal calia presumir que el demandant d'asil no podia raonablement desplaçar-se, residir i estar segur en una part del país. *Propuesta de directiva del Consejo por la que se establecen normas mínimas sobre los requisitos y el estatuto al que pueden optar ciudadanos de países terceros y personas apartidas para ser refugiados o beneficiarios de otros tipos de protección internacional, COM (2001) 510 final, de 12 de septiembre de 2001, 2001/0207 (CNS), presentada por la Comisión el 30 de octubre y publicada en el DOCE 26.2.2002, C 51 E/325-334.*



desplaçaments interns<sup>73</sup>. L'ACNUR, per la seva banda, davant de l'augment de la utilització d'aquest argument per part dels estats ha recordat que

*El Dret internacional no exigeix als individus amenaçats que esgotin totes les opcions en els seus propis països abans de cercar asil; és a dir que no es pot considerar que l'asil sigui el darrer recurs. El concepte de vol interior o alternativa de trasllat no pot d'altra banda ser invocat de forma que es vulnerin principis importants de drets humans que són en la base del règim internacional de protecció, com el dret de marxar del propi país, el dret de cercar asil i la protecció contra el refoulement. D'altra banda, com que el concepte només pot sorgir en el context de l'examen del fons de la demanda de refugi, no pot ser usat per denegar l'accés als procediments de determinació de l'estatut de refugiat. Una consideració del vol interior o trasllat requereix tenir en compte les circumstàncies personals de la persona demandant i les condicions en l'estat respecte del qual es planteja el vol interior o el trasllat<sup>74</sup>.*

Aquestes previsions poden fer proliferar llistes d'estats d'origen segurs, de parts d'estats d'origen segurs i de grups de persones respecte de les quals estats o parts d'estats són segurs, cosa que fa que l'establiment d'una llista comuna d'estats segurs perdi la utilitat que podia tenir, com a element simplificador i clarificador de les diferents llistes que ja es preveuen en els estats. D'altra banda, els estats membres, si la normativa interna vigent a 1 de desembre de 2005 ho permetia, podran continuar designant països *menys segurs* diferents dels inclosos a la llista comuna, però *segurs* als efectes de l'aplicació del concepte de tercer país d'origen segur ja que les exigències per fer-ho són menys constrenyents que les de l'annex II de la directiva.

399. D'acord amb la Directiva, un tercer país designat com a segur, podrà ser considerat *país d'origen segur per a un demandant d'asil concret*, després d'un examen individual, només si: té la nacionalitat d'aquest país; o és apàtrida i anteriorment tenia la seva residència habitual en aquest país; i no ha al·legat cap *motiu greu* per a que el país no es consideri país d'origen segur en les seves circumstàncies particulars als efectes del seu dret a l'estatut de refugiat d'acord amb la Directiva 2004/83/CE<sup>75</sup>.

L'establiment d'una llista de països d'origen segurs, juntament amb la previsió de llistes diferents en els estats, agreujarà la situació dels demandants d'asil que provenen d'algun d'aquests estats, els quals hauran de provar que tenen dret de ser protegits, alhora que destrueixen la presumpció que es crea contra seu. Certament, com es reconeix expressament en el preàmbul, la designació d'un tercer país com país d'origen segur no podrà establir una *garantia absoluta de seguretat* per als nacionals d'aquest país, però, és el demandant d'asil sobre qui recau la càrrega de la prova per demostrar

---

<sup>73</sup> Assemblea parlamentària del Consell d'Europa, *Résolution 1471 (2005) Procédures d'asile accélérées dans les Etats membres du Conseil de l'Europe*, 7 d'octubre de 2005, §8.2.4.

<sup>74</sup> ACNUR, *Guidelines on International Protection: "Internal Flight or Relocation Alternative" within the Context of Article 1 A (2) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, HCR/GIP/03/04, 23 de juliol de 2003, §4.

<sup>75</sup> Article 31 § 1 de la Directiva 2005/85/CE de procediments.

que existeixen motius seriosos per a que no es consideri un país com a segur en les seves circumstàncies particulars<sup>76</sup>. Aquesta conseqüència és contrària a la Resolució 1471 de l'Assemblea parlamentària del Consell d'Europa d'octubre de 2005 en la que es demana als estats que, respecte de l'aplicació de la noció de país d'origen segur, evitin que la càrrega de la prova sigui capgirada i que els demandants d'asil no hagin de provar que un estat no és segur<sup>77</sup>. D'acord amb la resolució cal preservar el principi segons el qual la protecció dels refugiats està fonamentada en la *situació individual del demandant d'asil més que en una anàlisi general i una avaluació del país*<sup>78</sup>.

Finalment, d'acord amb la directiva, els estats membres podran considerar una demanda d'asil com a *infundada* quan l'autoritat decisòria consideri que el sol·licitant no té dret de gaudir de l'estatut de refugiat d'acord amb la Directiva 2004/83/CE<sup>79</sup>.

400. Una de les mancances més importants de la Directiva de procediments, al marge de la seva complexitat, la previsió d'excepcions nacionals, la sobreabundància de categories i la manca d'ordenació amb criteris lògics, és la superposició de conceptes i la manca de claredat pel que fa a les diferències pràctiques entre el procediment d'admissibilitat de les demandes d'asil i els procediments accelerats. D'acord amb les previsions de la directiva, el procediment d'admissibilitat podria ser no accelerat, o succeir-se dos procediments accelerats, el d'admissibilitat i el procediment sobre el fons de la demanda (o tres, si l'estat aplica un procediment fronterer d'admissió en el territori). D'altra banda, per exemple, les demandes de persones que provenen de tercers països segurs per als propis sol·licitants, poden ser considerades tant *inadmissibles* com *manifestament infundades* com *infundades*, quan les demandes de persones que provenen d'un *primer país d'asil* poden ser considerades inadmissibles, però no manifestament infundades o infundades, i les demandes de persones que provenen de *països d'origen segurs* poden ser considerades infundades o manifestament infundades però no inadmissibles.

---

<sup>76</sup> Preàmbul § 21 de la Directiva 2005/85/CE de procediments.

<sup>77</sup> També en aquest sentit, ACNUR, *Guidelines on International Protection: "Internal Flight or Relocation Alternative" within the Context of Article 1 A (2) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, HCR/GIP/03/04, 23 de juliol de 2003, §33-35.

<sup>78</sup> Assemblea parlamentària del Consell d'Europa, *Résolution 1471 (2005) Procédures d'asile accélérées dans les Etats membres du Conseil de l'Europe*, 7 d'octubre de 2005, §8.2.2-3.

<sup>79</sup> Article 28 § 1 de la Directiva 2005/85/CE de procediments.

## C. RÈGIMS ESTATALS PER A L'ADMISSIÓ I/O ENTRADA EN EL TERRITORI

### 1. Previsions de les normatives internes d'alguns estats membres de la Unió Europea

401. Els estats europeus, en general, han anat adaptant les seves normatives internes per tal de restringir l'accés al territori o, si aquest s'ha produït, l'entrada legal o admissió en ell, abandonant, a la pràctica, l'aproximació anterior que partia de l'admissió provisional de l'estranger que demanava asil en frontera o dins del territori<sup>80</sup>. Formalment, segueix reconeixent-se que mentre no s'ha dictat resolució sobre la sol·licitud d'asil, regirà el *principi general de que el sol·licitant d'asil pot quedar-se en el territori de l'estat membre que estigui examinant la seva sol·licitud o en què s'hagi presentat la mateixa*<sup>81</sup>, llevat d'algunes excepcions, com la inadmissió en el territori, que poden arribar a invertir el principi de base.

Actualment, gairebé en tots els estats europeus es preveu que l'entrada en el territori com a potencial país d'acollida sigui objecte d'una autorització individualitzada, després d'un primer examen sumari (formal o substantiu) de la demanda, quan aquesta es presenta a la frontera o en *zona internacional*<sup>82</sup>. S'estableixen procediments *accelerats* o simplificats (menys garantistes) per determinar l'admissió a entrar *formalment* en el territori per tal que els demandants d'asil hi presentin una demanda de refugi o asil davant les autoritats competents, o bé hi esperin la seva resolució si aquesta s'entén formalitzada en frontera. En general, es subordina l'accés al territori al què sovint s'anomena *admissibilitat* de la demanda d'asil segons diferents criteris<sup>83</sup>.

---

<sup>80</sup> Per exemple a Espanya, la *Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado*, abans que fos modificada, preveia a l'article 4.2 que La petición de asilo hecha en cualquier frontera supondrá la admisión provisional del extranjero, sin perjuicio de lo que pueda acordarse definitivamente por el Gobierno.

<sup>81</sup> Paràgraf 12 de la *Resolución del Consejo de 20 de junio de 1995 relativa a las garantías mínimas aplicables al procedimiento de asilo*, DOCE de 19 de setembre de 1996, N° C 274/14. A la pràctica aquesta permanència en el territori no exclou que sigui en condicions indignes o en condicions de detenció dins del territori i en dependències fronteres.

<sup>82</sup> Com expressa Sylvie Perras, els estats europeus tendeixen a *externalitzar* el control de la immigració. Els països limítrofs són obligats a assumir els demandants d'asil refusats en frontera, la qual cosa provoca alhora efectes d'imitació amb mesures igualment restrictives. D'entre els mecanismes posats en pràctica per reduir el nombre de demandants d'asil destaquen les anomenades *eines de no entrada (outils de non-entrée)*, a través de la política de visats i la imposició de sancions als transportistes, i les *eines d'aïllament (outils d'isolement)*, a partir dels conceptes de *país d'origen segur* i de *país de primer asil*. Sylvie Perras, "Droit d'asile et nouvel ordre mondial. Crispations sur la frontière: l'envers de la globalisation", *Revue Études internationales*, vol. XXV, núm. 1, març de 1994, pàgs. 103-112.

<sup>83</sup> A la doctrina espanyola s'ha defensat la creació del tràmit d'admissió en els procediments d'asil com a *reacció normal i generalitzada enfront de l'abús de drets* que s'inscriu en un corrent de creació d'aquests tràmits en els diferents països, en diferents matèries (a Espanya, per exemple, també en el cas del recurs d'empara a partir de la *Ley Orgánica 6/1988 de 9 de junio*). David Blanquer, *Asilo político en España. Garantías del extranjero y garantías del interés general*, Madrid: Civitas, 1997, pàgs. 88-93.

Els procediments previstos a les legislacions internes dels estats membres de la Unió Europea varien en molts aspectes. Els procediments són diferents i, sovint, la terminologia emprada per descriure els seus elements tampoc és coincident. Per exemple, l'expressió *procediment accelerat* s'utilitza per fer referència a procediments ràpids, amb terminis curts per emetre decisions, però també per designar procediments d'apel·lació accelerats, procediments normals però amb garanties procedimentals menors, o bé procediments accelerats en la fase d'admissibilitat.

En qualsevol cas, una distinció essencial que cal establir en els diferents procediments i les fases dins d'aquests procediments és la que estableix una diferència entre aquells que suposen un examen normal o accelerat però *substantiu* de la demanda, i aquells on només s'examinen aspectes *formals*, que constituïrien pròpiament *admissibilitat*<sup>84</sup>. En els procediments d'admissió o *admissibilitat* no hi cap examen de les alegacions presentades justificant la petició d'asil o refugi, sinó només de les circumstàncies d'accés al territori; en canvi, en els procediments *substantius accelerats* existiria un examen mínim del fons de la demanda d'asil. L'objectiu dels procediments d'admissibilitat és, en principi, determinar si la demanda serà examinada substantivament en l'estat on s'ha presentat; i, el dels procediments *substantius accelerats*, examinar el fonament de la demanda de forma simplificada. Alguns estats, no obstant, barregen els dos aspectes en procediments preliminars que sovint anomenen d'admissibilitat i hi examinen qüestions de fons com per exemple si la demanda d'asil és o no *manifestament infundada*, la qual cosa pot derivar en una menor garantia pels demandants d'asil, sobretot si qui decideix no és una autoritat responsable en matèria d'asil o refugi.

402. LLOCS DE PRESENTACIÓ D'UNA DEMANDA D'ASIL. Una demanda d'asil pot presentar-se, en principi, en tres situacions diferents en relació amb l'estat potencial d'acollida. En primer lloc, una demanda d'asil es pot presentar fora del territori d'aquest estat, trobant-se la persona en un altre país i sota la jurisdicció de les autoritats que el governen. En molts casos aquesta possibilitat no es preveu expressament a la legislació interna, però, a la pràctica, en general és admesa per tots els estats. A Dinamarca<sup>85</sup> i a Espanya<sup>86</sup>, per

---

<sup>84</sup> Aquesta problemàtica es posa en relleu per part de l'ACNUR en el document *Reception Standards For Asylum Seekers In the European Union*, Ginebra: ACNUR, juliol de 2000, especialment pàg. 23 i npp 66. En aquest estudi es fa un repàs dels paràmetres més importants quant a la recepció dels demandants d'asil en els estats membres de la Unió europea.

<sup>85</sup> En el cas de Dinamarca, la Direcció d'immigració [*Udlændingestyrelsen*] examina el dossier, i per a que el demandant d'asil sigui admès en el territori cal que la persona hagi passat ja una llarga estada a Dinamarca, o tingui algun tipus de lligam familiar o altre amb el país, a més de considerar les autoritats que Dinamarca és el país que millor pot oferir una protecció al demandant. Raphaëlle Poupet, "La demande d'asile avant l'admission au territoire", Laure Jeannin, Marco Meneghini, Christine Pauti, Raphaëlle Poupet, *Le droit d'asile en Europe. Étude comparée*, Paris: L'Harmattan, 1999, pàg. 156.

<sup>86</sup> A Espanya, l'article 4.4. de la *Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado*, modificada per la *Ley 9/1994*, [BOE núm. 122, de 23 de maig de 1994, pàgs. 15796-15800], preveu la possibilitat de presentar una demanda d'asil en una ambaixada o consolat espanyols; i l'article 6.2 del *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*

exemple, es preveu expressament la possibilitat de presentar una demanda d'asil davant les representacions de l'estat a l'exterior, les quals, amb intervenció el Ministeri d'afers exteriors, és tramesa a l'autoritat competent dins l'estat, que examina la sol·licitud i l'admissió a entrar en el territori durant la tramitació de l'expedient.

A França, per exemple, la normativa interna no contempla la possibilitat de presentar una demanda d'asil fora del territori, però la pràctica demostra que quan una demanda d'asil es presenta davant d'un consolat o una ambaixada francesa, aquesta es trameta al Ministeri d'afers exteriors i, si s'admet l'entrada en el territori, la persona podrà sol·licitar asil a l'OFPRA (*Office Français pour la Protection des Réfugiés et Apatrides*, encarregat d'examinar, en principi, les demandes d'asil i refugi)<sup>87</sup>.

En segon lloc, la demanda d'asil pot presentar-se dins del territori, bé després d'haver-hi entrat legalment mentre es gaudeix d'un permís d'estada en el territori que no ha perdut vigència, o bé després d'haver efectuat una entrada il·legal o trobar-se per altre motiu il·lícitament en el territori. Com s'ha vist anteriorment, el refugiat que demana asil en aquestes circumstàncies, d'acord amb l'article 31 de la Convenció de Ginebra, no pot ser sancionat penalment si ha arribat *directament* del territori on la seva vida o llibertat estiguessin amenaçades en el sentit previst a l'article 1 de la Convenció, i si es presenta sense tardança a les autoritats i al·lega causa justificada per a la seva entrada o presència il·legals.

En tercer lloc, es poden presentar demandes d'asil a les fronteres del país que es pretén d'acollida. En aquests casos, es configura una situació on, en primer lloc, es planteja si la persona té un dret d'entrar en el territori com a potencial refugiat o asilat en funció de les probabilitats d'èxit de la seva sol·licitud, o de les circumstàncies en què arriba la persona o es presenta la demanda; i, en segon lloc, si, tot i no tenint-hi *dret* cal tolerar l'accés a aquest territori com a conseqüència de trobar-se en una situació en què no és possible el seu refús o allunyament i, necessàriament, l'estat ha d'assumir que, trobant-se el demandant sota la seva jurisdicció, ha de proporcionar-li determinats bens i protecció bàsics. En els casos de persones que, en termes generals, s'anomenen *inexpulsables*, l'accés al territori configura un tipus de protecció normalment precària i poc formalitzada o asil *de facto*.

---

*condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994 de 19 de mayo [BOE núm. 52, de 2 de març de 1995, pàgs. 7237-7246], disposa que aquestes sol·licituds es faran arribar a la Oficina de Asilo y Refugio a través del Ministerio de Asuntos Exteriores acompanyades d'un informe de la missió diplomàtica o oficina consular. L'article 16 del mateix reglament regula el trasllat a Espanya del demandant d'asil per a la permanència en el territori mentre dura la instrucció de l'expedient si, trobant-se en una situació de risc, així ho autoritza la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio, que disposarà l'emissió de visat, salconduït o autorització d'entrada que es tramitaran amb caràcter d'urgència.*

<sup>87</sup> Laure Jeannin et al., *Le droit d'asil en Europe. Étude comparée*, op. cit., pàg. 158; Rudolph d'Haëm, *L'entrée et le séjour des étrangers en France*, Paris: PUF (Que sais-je? N° 3455), 1999, pàg. 97.

a. *L'admissió en el territori dels demandants d'asil a Espanya*

403. En el cas d'Espanya, va ser la Llei 9/1994 la que va establir una fase prèvia en l'examen de les sol·licituds d'asil, per tal de denegar de forma ràpida determinades peticions mitjançant una resolució d'*inadmissió a tràmit*<sup>88</sup>.

En el cas de les demandes d'asil presentades a la frontera, l'admissió a tràmit *suposarà l'autorització de l'entrada i de la permanència provisional del sol·licitant*<sup>89</sup>.

a.1. Les demandes d'asil presentades a la frontera. Admissió a tràmit i autorització d'entrada en el territori

404. En els llocs fronterers d'entrada en el territori espanyol, la petició d'asil es formula davant d'un funcionari del cos nacional de policia o de la *Oficina de Asilo y Refugio*, que informa l'interessat dels seus drets, i li facilita un formulari per sol·licitar asil, així com assistència lletrada i intèrpret. La sol·licitud es remet a la *Oficina de Asilo y Refugio* si ha estat presentada davant d'un funcionari de policia i es comunica a l'ACNUR. En el cas que a la vista del contingut de la sol·licitud, es consideri que existeix de forma manifesta una de les circumstàncies de l'article 5§6 de la Llei d'Asil, l'Oficina proposarà al Ministre de justícia i interior la *inadmissió a tràmit* de la demanda i, en cas contrari, es decidirà la seva *admissió a tràmit* i s'autoritzarà l'entrada en el territori<sup>90</sup>.

Els apartats 6 a 8 de l'article 5 de la Llei 5/1984, introduïts a l'any 1994, van preveure el procediment d'*inadmissió a tràmit*, segons el qual, el Ministre d'interior, a proposta de l'òrgan encarregat de la instrucció i prèvia audiència del representant a Espanya de l'ACNUR, podrà *inadmetre a tràmit* demandes d'asil mitjançant *resolució motivada*. Les causes que poden motivar una decisió d'*inadmissió a tràmit* estan previstes al paràgraf 6 de l'article 5 de Llei<sup>91</sup>. En aquest paràgraf es barregen causes d'*admissibilitat*,

---

<sup>88</sup> El procediment d'*inadmissió a tràmit* en frontera, d'acord amb l'article 18 del *Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984*, s'aplicarà, exclusivament, quan, a més de concórrer de forma *manifiesta y terminante alguna de las circunstancias de inadmisión previstas en el apartado 6 del artículo 5 de la Ley 5/1984 (...), el extranjero carezca de los requisitos necesarios para entrar en España conforme a la legislación general de extranjería vigente*.

<sup>89</sup> Article 4§2 de la *Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado*, modificada per la *Ley 9/1994*.

<sup>90</sup> Article 19§3 del *Reglamento de aplicación de la ley 5/1984*. El procediment d'*inadmissió en frontera* es regula a la secció 2ª del capítol II del mateix reglament.

<sup>91</sup> L'Audiència Nacional ha anat perfilant la institució de la *inadmissió a tràmit*, i l'ha definit com (...) *una potestad mediante la cual la Administración a la vista del contenido de dicha solicitud no llega a incoar un expediente si es que entiende que en la misma concurre de modo manifiesto alguna de las circunstancias previstas en el art. 5.6 de la Ley, y si se trata de inadmisión en frontera, si el extranjero solicitante carece además de los requisitos para entrar en España al amparo de la LO 7/1985; configurándose tal inadmisión como una consecuencia de atender el solicitante la carga procedimental que le corresponde de "exponer de forma detallada los hechos, datos o alegaciones en que fundamente su pretensión", artículo 8.3 del Reglamento aprobada por RD 203/1995, de 10 de febrero o, dicho en otras palabras "proporcionar un relato verosímil de la persecución sufrida mediante la prueba pertinente o indicios suficientes de las circunstancias que justificarían el otorgamiento de asilo"* (art. 9§1 del Reglamento). Audiència Nacional

en la mesura que es refereixen a elements formals i no es realitza veritablement un examen substantiu de la demanda, i causes que es refereixen a aspectes substantius de la sol·licitud i que, per tant, exigeixen un primer examen de la seva fonamentació.

En primer lloc, seran inadmeses a tràmit les demandes presentades per persones que estan excloses de la possibilitat d'obtenir l'estatut de refugiat d'acord amb l'article 1§F de la Convenció de Ginebra, i les persones que no poden invocar la prohibició de *refoulement* de l'article 33 de la mateixa Convenció perquè hi ha raons fonamentades per considerar que són un *perill per a la seguretat del país on es troben o que, havent estat objecte de condemna definitiva per un delictes particularment greu, constitueixin una amenaça per a la comunitat* del país. En el cas d'aquesta darrera circumstància, la Llei espanyola no fa una implementació correcta de la Convenció de Ginebra, perquè exclou que l'estatut de refugiat sigui reconegut a persones que ho són segons els criteris de l'article 1 de la Convenció, però que per motius que res tenen a veure amb aquest estatut no poden gaudir de la protecció de *non-refoulement* segons l'apartat 2 de l'article 33.

L'assimilació o confusió que es produeix arrel de la modificació de la Llei 5/1984 per la Llei 9/1994 entre asil i refugi, en la mesura que es diu que el *dret d'asil és la protecció dispensada a qui es reconegui la condició de refugiat i que consisteix en la seva no devolució ni expulsió en els termes de l'article 33 de la Convenció sobre l'estatut dels refugiats, feta a Ginebra el 28 de juliol de 1951*<sup>92</sup>. Com s'ha vist en el Capítol III, la prohibició de *refoulement* no coincideix exactament amb l'estatut de refugiat, sinó que té un àmbit d'aplicació més ampli. A Espanya, fent un interpretació estricta dels preceptes, l'asil només consisteix en la protecció territorial de les persones que no poden ser retornades ni al seu país d'origen ni a cap altre d'acord amb el principi de *non-refoulement* consagrat a l'article 33 de la Convenció de Ginebra, a qui es reconeix l'estatut de refugiat.

405. En segon, tercer i quart lloc, es preveuen circumstàncies que justifiquen la *inadmissió a tràmit* de demandes d'asil que requereixen un primer examen superficial del contingut de la sol·licitud. L'apartat b) del paràgraf 6 de l'article 5 de la Llei d'Asil diu que, una demanda d'asil podrà ser inadmesa a tràmit sempre que *en la sol·licitud no s'al·legui cap de les causes que donen lloc al reconeixement de la condició de refugiat*. Aquesta causa d'inadmissió, d'acord amb la seva tramitació parlamentària, té un caràcter únicament formal, havent-se de limitar l'autoritat competent a verificar si efectivament s'ha *al·legat* en l'escrit de demanda una de les causes que fan la persona mereixedora de l'estatut de refugiat, d'acord amb la Convenció de Ginebra. En una anterior versió d'aquest article es deia que la demanda no *es fonamenti* en una d'aquestes causes, i el canvi es va justificar en

---

[Sala contencions administratiu, secció 1ª] (E), sentència de 17 de juliol de 1998, recurs núm. 859/1996, *Aranzadi Westlaw* RJCA 1998\3257, fonament 3 (2). La motivació de l'administració en aquests casos és una garantia essencial de l'estranger, que no és satisfeta amb la sola menció de la base jurídica del refús, com passava en el cas de la sentència impugnada, finalment anul·lada per l'Audiència Nacional.

<sup>92</sup> Article 2.1 *Ley 5/1984*.

què calia evitar entrar en el fons de la sol·licitud en un procediment tant breu i amb menys garanties<sup>93</sup>.

També es podrà inadmetre una demanda d'asil quan

*es tracti d'una mera reiteració d'una sol·licitud ja denegada a Espanya, sempre que no s'hagin produït noves circumstàncies en el país d'origen que puguin suposar un canvi substancial en el fons de la sol·licitud,*

segons l'apartat c) d'aquest article 5, paràgraf 6; i les demandes que es basin (apartat d)

*en fets, dades o al·legacions manifestament falsos, inversemblants o que, per manca de vigència actual, no fonamentin una necessitat de protecció.*

406. En els dos darrers apartats del paràgraf 6 de l'article 5 de la Llei 5/1984 es preveuen circumstàncies per inadmetre a tràmit una demanda d'asil que es refereixen a aspectes formals relatius a la provinença de la persona que fa la sol·licitud, i que poden justificar el refús d'examinar el fons de la demanda i el retorn de la persona a un altre país.

L'apartat e) estableix que una demanda d'asil pot ser inadmesa a tràmit *quan no correspongui a Espanya el seu examen de conformitat amb els Convenis internacionals en què sigui part*. També es diu que en la resolució d'inadmissió a tràmit

*s'indicarà al sol·licitant l'estat responsable d'examinar la seva sol·licitud*

i que, en aquest cas, aquest estat

*haurà acceptat explícitament aquesta responsabilitat i s'obtindran en tot cas garanties suficients de protecció per a la seva vida, llibertat i altres principis indicats en la Convenció de Ginebra en el territori d'aquest estat<sup>94</sup>.*

L'apartat f) s'aplica quan el sol·licitant hagi estat *reconegut com a refugiat i tingui dret a residir o obtenir asil en un tercer estat, o quan procedeixi d'un tercer estat de qui hagués pogut sol·licitar protecció*. S'afegeix que, en els dos casos, en aquest tercer estat

*no ha d'existir perill per a la seva vida o llibertat ni estar exposat a tortures o a un tracte inhumà o degradant i ha de tenir protecció efectiva contra la devolució al país perseguidor, d'acord amb la Convenció de Ginebra<sup>95</sup>.*

---

<sup>93</sup> Ignacio Díez de Aguilar, "La solicitud de asilo", Fernando M. Mariño Menéndez et. al., *Derecho de extranjería, asilo y refugio*, Madrid: Ministerio de Asuntos Sociales (INSERSO), 1995, pàg. 568.

<sup>94</sup> L'Audiència Nacional ha estimat alguns recursos presentats contra la inadmissió a tràmit d'una demanda d'asil pel que fet que, en el cas concret, l'estat responsable no havia encara acceptat fer-se càrrec del demandant. Audiència Nacional, contenciós administratiu, secció 1ª (E), sentència de 17 de desembre de 2003, afer *Dña. Begoña*, núm. 578/2002, *Aranzadi Westlaw JUR 2004\132087*; sentència de 20 de setembre de 2002, afer *D. Rumen K.I.*, núm. 801/2001, *Aranzadi Westlaw 2003\50014*; sentència de 22 de maig de 2003, afer núm. 30/2001, *Aranzadi Westlaw JUR 2004\112742*.

<sup>95</sup> Aquesta opció de la legislació espanyola ve a confirmar i posar uns paràmetres a la doctrina anterior del Consell d'estat espanyol que propugnava la desestimació de sol·licituds de persones estrangeres nacionals d'estats signataris del Conveni europeu de drets humans, i d'estats que formen part del Consell d'Europa, o quan el sol·licitant d'asil havia sol·licitat per altres estats membres de la Unió europea sense sol·licitar en ells asil. David Blanquer, *Asilo político en España. Garantías del extranjero y garantías del interés general*, op. cit., pàgs. 181-183.



En aquest darrer apartat no es diu res sobre que l'estat cap a on hagi de ser retornat el demandant d'asil hagi d'haver acceptat la seva entrada en el territori o que s'hagin d'obtenir garanties suficients de protecció de la vida o llibertat de la persona, i és irrellevant que la persona no tingui cap vincle familiar, cultural o lingüístic amb aquell país, o les condicions de vida que s'hi pugui trobar<sup>96</sup>.

Les previsions d'aquests dos darrers apartats són expressions de la regla del *tercer país d'asil* o *acollida*. En el primer cas, formalitzada en el Reglament (CE) 343/2003 *Dublin II*; i en el segon, no formalitzada amb caràcter general, però per a l'aplicació de la qual es poden utilitzar els anomenats *acords de readmissió* o acords de cooperació i ordenació de la immigració quan preveuen clàusules relatives a la readmissió de nacionals de tercers estats<sup>97</sup>.

407. D'acord amb la normativa espanyola, per tant, els demandants d'asil en frontera gaudeixen de dues modalitats successives de protecció o *asil provisional*. A partir del moment que una persona estrangera presenta una sol·licitud d'asil gaudeix d'una primera protecció o *asil provisional de facto*, en les dependències o llocs fronterers. Cal interpretar en aquest sentit, el paràgraf 1 de l'article 5 de la Llei 5/1984 després que fos modificada per la Llei 9/1994, que diu que un estranger que sol·licita asil *no podrà ser refusat en frontera o expulsat fins que s'hagi inadmet a tràmit la seva petició o resolt sobre la mateixa*<sup>98</sup>.

Posteriorment, com es disposa a l'article 4§2 de la mateixa llei, si s'admet a tràmit la sol·licitud d'asil, el demandant d'asil podrà entrar *formalment* en el territori de l'estat espanyol (hi serà admès) i gaudirà d'un *asil provisional* en el país mentre es tramita la concessió de l'asil<sup>99</sup>. En cas contrari, l'estranger que va ser demandant d'asil serà *retornat*

---

<sup>96</sup> Sobre aquest darrer aspecte, Ignacio Díez De Aguilar, "La solicitud de asilo", *loc. cit.*, pàgs. 570-573. En aquest treball es pot trobar un repàs interessant dels aspectes més importants en relació a les circumstàncies que poden motivar una resolució d'inadmissió a tràmit de sol·licituds d'asil (pàgs. 565-573).

<sup>97</sup> Destaquen, entre aquests acords, els fets amb països africans, com el Marroc [*Acuerdo de 13 de febrero de 1992 entre el Reino de España y el Reino de Marruecos relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente*, fet a Madrid, BOE de 25 d'abril de 1992, núm. 100, pàg. 13969]; i Mauritània [*Acuerdo entre el Reino de España y la República Islámica de Mauritania en materia de inmigración*, fet a Madrid l'1 de juliol de 2003, BOE de 4 d'agost de 2003, núm. 185, pàg. 30050]. També s'han fet acords d'aquest tipus amb països americans, com amb el Equador [*Acuerdo entre el Reino de España y la República del Ecuador relativo a la regulación y la ordenación de los flujos migratorios*, fet a Madrid, el 29 de maig de 2001, BOE de 10 de juliol de 2001, núm. 164, pàg. 24909]. I també amb països europeus, com Suïssa [*Acuerdo entre el Reino de España y la Confederación suiza sobre la readmisión de personas en situación irregular*, fet a Madrid el 17 de novembre de 2003, BOE de 20 de gener de 2005, núm. 17, pàg. 2157]; o Romania [*Acuerdo entre España y Rumania relativo a la readmisión de personas en situación irregular*, fet a Bucarest el 29 d'abril de 1996, BOE de 21 de juny de 1996, núm. 150, pàg. 20284].

<sup>98</sup> També ho estableix també l'article 157§6 b) del Reial Decret 2393/2004 pel qual s'aprova el Reglament de la Llei 4/2000.

<sup>99</sup> El procediment d'inadmissió a tràmit només s'aplica quan l'estranger demandant d'asil no compleix els requisits per entrar en el territori d'acord amb la normativa d'estrangeria vigent, per tant, tal com va dir el Tribunal constitucional, d'acord amb la llei vigent, la decisió d'inadmissió a tràmit d'una sol·licitud d'asil presentada en frontera *acarrea inexorablemente la imposibilidad de que los demandantes [de amparo] puedan entrar en territorio español legalmente*. Tribunal constitucional [Sala 1ª, secció 2ª] (E),

immediatament i sempre el el termini de 72 hores des de que es va acordar la mesura (article 156 del RD 2393/2004, Reglment de la LO 4/2000 sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya)<sup>100</sup>.

D'altra banda, tal com es diu a la Llei d'Asil i en el *Reglament de aplicació de la Llei 5/1984*, el transcurs de quatre dies des de la presentació de la demanda en frontera sense haver-se notificat la seva inadmissió a tràmit, i el transcurs de dos dies des de la presentació del recurs de revisió per part del demandant d'asil contra la inadmissió a tràmit de la sol·licitud, sense que s'hagi notificat resolució al respecte, impliquen admissió a tràmit de la sol·licitud i autorització d'entrada en el territori espanyol<sup>101</sup>.

En cas que es confirmi la inadmissió a tràmit, el demandant d'asil podrà interposar un recurs contenciós administratiu. Aquest recurs tindrà caràcter preferent i suspènndrà l'acte administratiu i, amb això, l'allunyament del territori, quan el demandant ho hagi sol·licitat, si el representant a Espanya de l'ACNUR havia informat favorablement l'admissió a tràmit de la demanda d'asil<sup>102</sup>. La tutela judicial cautelar, per tant, no sempre està garantida en casos d'inadmissió de la sol·licitud d'asil en frontera en què es produeix el retorn, a menys que les autoritats administratives autoritzin l'entrada si el demandant d'asil té la intenció d'interposar recurs (article 39§2 del Reglament d'aplicació de la Llei 5/84 d'asil) a fi de que el tribunal competent pugui resoldre ordenar l'entrada i/o resoldre la suspensió de la mesura de retorn en via *cautelaríssima*<sup>103</sup>.

#### a.2. Les demandes d'asil presentades dins del territori: la clàusula d'immunitat per entrades il·legals

408. Quan es tracta de demandes d'asil presentades dins del territori, en primer lloc, la Llei 5/1984 estableix que *l'entrada il·legal en el territori espanyol no podrà ser sancionada quan hagi estat realitzada per qui reuneixi els requisits propis de la condició de refugiat, sempre que es presenti sense tardança a les autoritats*<sup>104</sup>. La sol·licitud s'haurà

---

interlocutòria de 6 de març de 1996, núm. 55/1996, *Aranzadi Westlaw* RTC 1996\55 AUTO, fonament 4 (1).

<sup>100</sup> Si no es pot executar l'allunyament hom s'haurà d'adreçar a l'autoritat judicial per tal de decidir l'internament; *Vid. Infra* Capítol XIII, §564.

<sup>101</sup> Article 5§7 (4) de la *Ley 5/1984* i articles 20§2 i 21§1 d) del *Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984*. Algunes sentències de l'Audiència Nacional han admès recursos basats en el no compliment dels terminis i en què això significa l'admissió a tràmit de la demanda d'asil; per exemple, Audiència Nacional, contenciós administratiu, secció 8ª (E), sentències de 31 de març de 2004, afer *Don Juan Manuel*, núm. 1108/2002, *Aranzadi Westlaw* JUR 2004\146467; de 30 de març de 2004, afer *Don Antonio*, núm. 499/2002, *Aranzadi Westlaw* JUR 2004\146419; de 17 de febrer de 2004, afer *Don Mauricio*, núm. 1510/2001, *Aranzadi Westlaw* JUR 2004\132956.

<sup>102</sup> Article 21 de la Llei d'asil.

<sup>103</sup> Per a una anàlisi detallada de en quins casos concretament la tutela judicial està plenament garantida i en quins és *problemàtica*: José Luís Requero Ibáñez, *Extranjería y Refugio: Práctica Contencioso-Administrativa*, Madrid: La Ley-Actualidad, 1997, pàgs. 226-229.

<sup>104</sup> Article 4§1 (2) segons modificació *Ley 9/1994*.

de fer en el termini d'un mes des de l'entrada en el territori, excepte si es gaudeix d'un permís d'estada de durada superior. Llavors, la demanda es podrà presentar abans que aquest expiri. En el cas de *causa sobrevinguda en el país d'origen*, el termini d'un mes començarà a partir de quan ocorren els fets que fonamenten un temor de persecució<sup>105</sup>.

En les demandes d'asil presentades dins del territori s'aplicarà el *procediment ordinari d'inadmissió a tràmit* de la secció primera del capítol II del Reglament d'aplicació de la Llei 5/1984, on es diu que quan la *Oficina de Asilo y Refugio*, que instrueix l'afer, en valorar el contingut d'una sol·licitud d'asil, consideri que s'hi dóna *de manera manifesta* alguna de les circumstàncies de l'article 5§6 de la Llei 5/1984, proposarà al Ministre de justícia i interior la seva inadmissió a tràmit. La proposta motivada d'inadmissió a tràmit s'ha de fer en el termini de 30 dies des de la presentació de la sol·licitud. L'esgotament d'un període de seixanta dies des de la presentació de la demanda sense que s'hagi fet aquesta proposta o sense que el ministre hagi resolt determinarà l'*admissió a tràmit* de la sol·licitud per silenci positiu<sup>106</sup>.

409. A la pràctica, una bona part de les demandes d'asil presentades a Espanya són considerades inadmissibles o són refusades. L'any 2003, per exemple, segons l'anuari estadístic d'estrangeria que publica la Secretaria d'estat d'immigració i emigració, es va inadmetre la demanda d'asil de 2.350 persones (33% del total), i es van emetre decisions desfavorables respecte de 4.229, d'un total de decisions que afectaven a 6.948 persones (es va concedir l'estatut de refugiat a 227 persones i es va donar un altre tipus de protecció a 142 persones)<sup>107</sup>.

Segons la CEAR, les causes que amb més freqüència han fonamentat la inadmissió a tràmit en els darrers anys, són les dels apartats b) i d) de l'article 5§6 de la Llei d'Asil, sobre que no s'al·lega cap de les causes que qualifiquen la persona com a refugiat (entre tres i quatre mil decisions per any), o que la sol·licitud es basa en fets, dades o al·legacions manifestament falses, inversemblants extemporànies (entorn de dues mil decisions per any). En tercer lloc, les decisions d'inadmissió es basen el que la persona prové d'un primer país d'asil, o d'un tercer estat segur (512 persones el 2000, 223 el 2001 i 124 el 2002, segons les dades de la CEAR). Les decisions basades en els

---

<sup>105</sup> Article 7 del *Reglamento de Aplicación de la Ley 5/1984*. El paràgraf 2 d'aquest article indica que si el sol·licitant ha romàs en situació d'il·legalitat més d'un mes o ha presentat la sol·licitud tenint ja incoada una ordre d'expulsió, es presumeix que la demanda és del tipus de les del paràgraf d), apartat 6 de l'article 6 de la Llei 5/1984 (és a dir que es basa en *hechos, datos o alegaciones manifestamente falsos, inverosímiles o que, por carecer de vigencia actual, no fundamenten una necesidad de protección* [!]), i, per tant, haurà d'examinar-se pel procediment d'inadmissió a tràmit. En tot cas, si no concorren altres motius d'inadmissió a tràmit, sembla la inadmissió no hauria d'estar justificada si, per ells mateixos, els fets, dades o al·legacions en què es basa no són *manifestament falsos, inversemblants, ni manquen vigència actual*.

<sup>106</sup> Article 17 del *Reglamento de Aplicación de la Ley 5/1984*.

<sup>107</sup> Secretaria de Estado de Inmigración y Emigración, Observatorio permanente de la inmigración, *Anuario Estadístico de Extranjería. Año 2003*, Madrid: Ministerio de Trabajo y de Asuntos Sociales-Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, 2004, pàgs. 79-80.

critèris de Dublín són el tercer motiu d'inadmissió a tràmit (186 persones el 2000, 123 el 2001 i 99 el 2002, segons les dades de la CEAR)<sup>108</sup>.

Pel que fa a la inadmissió a tràmit basada en els apartats b) i d) de l'article 586 de la Llei d'Asil, la CEAR destaca que una bona part de les resolucions judicials que resolen impugnacions a les decisions d'inadmissió a tràmit prosperen<sup>109</sup>. En aquest sentit, són significatives dues sentències de l'Audiència nacional, de 4 de juny i de 17 de desembre de 2003.

410. A la sentència de 4 de juny, l'Audiència Nacional va estimar el recurs presentat basant-se en que la inadmissió a tràmit s'havia fet en base a una exigència de fonamentació que podia ser adequada en el procediment de l'examen del fons de la demanda d'asil, però que en tot cas era excessiva en el tràmit d'admissibilitat, i en que la motivació era insuficient i estereotipada:

*la resolució aquí recorreguda manca d'una fonamentació mínimament acceptable ja que emprava una fórmula estereotipada per afirmar que les al·legacions de la sol·licitant d'asil són inversemblants perquè el seu relat conté contradiccions substancials en els fets o circumstàncies determinants de la persecució al·legada, però no especifica la resolució en quins punts concrets del relat ni en relació a quins documents es manifesten aquestes contradiccions<sup>110</sup>.*

A la sentència de 17 de desembre l'Audiència nacional va criticar la utilització de l'administració del motiu b) per inadmetre a tràmit una sol·licitud d'asil un cas en que era manifest que s'al·legaven causes de refugi, basant-se en el fet que la regla general ha de ser l'admissió a tràmit per a la realització d'un examen del fons de la sol·licitud de protecció, i no la inadmissió, que ha de ser l'excepció. Indirectament es denunciava l'abús del procediment d'inadmissió a tràmit per part de les autoritats,

*En efecte, l'art 5.6 de la Llei d'Asil permet al Ministre del Interior, prèvia audiència del representant a Espanya de l'ACNUR, inadmetre a tràmit mitjançant resolució motivada les sol·licituds d'asil per les causes taxades que en aquesta norma s'estableixen. Regla de la que s'infereix que la norma general es l'admissió, llevat que l'administració justifiqui raonadament que concorre algun dels supòsits de fet que permeten la inadmissió. Havent d'analitzar la sala, exclusivament, si el motiu al·legat per l'administració per justificar la inadmissió es conforme a dret(...)*

*En el cas el recurrent narra que no pot romandre a Argèlia i que, en cas de tornar a Eritrea, seria perseguit per les seves idees polítiques. D'altra banda, si l'enviessin a Sudan tindria un alt risc de ser enviat a Eritrea. En suma, el recurrent*

---

<sup>108</sup> Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR), *La situación de los refugiados en España. Informe 2004*, Madrid: La Catarata, 2004, pàg. 54.

<sup>109</sup> *Ibidem*, pàgs. 61-65.

<sup>110</sup> Audiència Nacional, contenciós administratiu, secció 1ª (E), sentència de 4 de juny de 2003, afer *Dña. Melisa*, núm. 731/2001, *Aranzadi Westlaw JUR 2004\107942*. En altres sentències l'Audiència Nacional també s'ha referit a la necessitat que es tinguin en compte tots els elements que fonamenten les demandes d'asil, com per exemple, en el cas d'inadmissió a tràmit d'una demanda presentada per un menor, el relat del qual es considerava poc consistent, sense que s'hagués atès correctament a les proves documentals indicatòries presentades. Audiència Nacional, contenciós administratiu, secció 1ª (E), sentència de 17 de desembre de 2003, afer *Gaspar*, núm. 580/2002, *Aranzadi Westlaw JUR 2004\132089*.