

ELS DRETS I LES GARANTIES DELS DEMANDANTS
D'ASIL EN L'ESPAI JURÍDIC EUROPEU

Tesi doctoral realitzada per

Sílvia Morgades Gil

Dirigida per

Dr. Oriol Casanovas i La Rosa

UNIVERSITAT POMPEU FABRA

Barcelona

Desembre de 2006



En todas las épocas y circunstancias el destierro ha sido uno de los mayores castigos que ha tenido el hombre, no importa que haya encontrado acogida o refugio en otros lugares. La lejanía de los sitios que le vieron nacer y vivir no puede ser casi nunca olvidada por favorables que sean las circunstancias que concurran en su destierro. Lo que casi siempre ha sido anormal se ha convertido en estos últimos veinte años en lo normal hasta el punto de que sería posible que los desterrados de todo el mundo, parafraseando el lema marxista, actuaran bajo la consigna de refugiados de todo el mundo, uníos, constituyendo una fuerza realmente estimable.

Miguel A. Marín Luna, "Refugiados de todo el mundo, uníos (I)", *Algo*, núm. 345, setembre de 1979, pàg. 112 (112-113).

L'esperança, només l'esperança, res més, arriba un punt en què és l'únic que queda, i aleshores descobrim que encara ho tenim tot

José Saramago, *L'any de la mort de Ricardo Reis*, traducció de Víctor Martínez-Gil, Barcelona: Edicions 62, 2001, pàgs. 145-146.

*Nowadays, with all the new rules and regulations...
They can't get decent staff any more ...
so... they tend to turn a blind eye...*

Terry Gilliam, *Brazil*,
Hollywood Scripts, 1983, pàg. 33.



INTRODUCCIÓ.....	1
------------------	---

PRIMERA PART

EL CONTEXT NORMATIU I FÀCTIC DE LA DETERMINACIÓ D'UN ESTATUT JURÍDIC DELS DEMANDANTS D'ASIL. PERSPECTIVES PER A L'ANÀLISI I ESTAT DE LA QÜESTIÓ.....	11
---	-----------

CAPÍTOL I SOBRE LA NATURALESA DE L'ASIL I LA SEVA REGULACIÓ INTERNACIONAL I INTERNA.....

A. LES NOCIONS DE DRET D'ASIL I ESTATUT DE REFUGIAT.....	15
---	-----------

1. Significat de la noció <i>dret d'asil</i>	16
2. <i>Asil i refugi</i> , formes diferents de protecció.....	17
3. Les nocions de <i>protecció internacional</i> i de <i>demandant d'asil</i>	20
4. Inici i finalització de l'estatut del demandant d'asil.....	23

B. LA DIMENSIÓ INTERNACIONAL DEL DRET DE L'ASIL I DEL REFUGI...	24
--	-----------

1. Justificació de la perspectiva internacional sobre l'asil	24
2. Els assaigs de codificació i el procés <i>Convention plus</i>	26
a. <i>Els intents de codificació de l'asil dels anys setanta</i>	26
b. <i>L'activitat normativa del Consell d'Europa</i>	27
c. <i>El procés Convenció plus i les Consultes mundials sobre protecció internacionals</i>	28
3. La consideració del demandant d'asil respecte del dret internacional.....	34
4. Pressupòsits del dret de la persona de cercar asil arreu.....	37
5. L'asil com a manifestació de la competència territorial de l'estat.....	39

C. EL MARC NORMATIU INTERNACIONAL I INTERN SOBRE ASIL A LA UNIÓ EUROPEA.....	42
---	-----------

1. Normes internacionals que tenen per objecte la regulació d'alguns aspectes del dret d'asil o l'estatut de refugiat, o bé que indirectament donen protecció als demandants d'asil.....	43
2. Significació i abast del <i>non refoulement</i>	45

CAPÍTOL II LES TRANSFORMACIONS EN ELS FENÒMENS DE FLUXOS MIGRATORIS FORÇOSOS POSTERIORIS A LES DUES GUERRES MUNDIALS A EUROPA.....

A. ELS CANVIS RECENTS EN ELS FENÒMENS MIGRATORIS.....	54
--	-----------

1. La transformació de les migracions internacionals i de les migracions forçoses.....	55
2. Una transformació incongruent de les polítiques d'immigració a Europa....	63
3. Migracions globals i migracions transnacionals en el context de la globalització.....	65

4. Conseqüències de les transformacions de les migracions internacionals i de les variacions en el nombre de demandes d'asil per al règim de protecció dels refugiats.....	68
B. DADES SOBRE LES DEMANDES D'ASIL PRESENTADES EN ELS ESTATS EUROPEUS DES DE MITJANS DELS ANYS VUITANTA.....	69
1. Evolució de les demandes de protecció en els estats membres de la Unió europea.....	73
2. Evolució de la gestió de l'asil a la Unió Europea.....	76
a. Estatut de refugiat versus concessió de protecció subsidiària.....	76
b. Proporció entre demandes d'asil i concessió de protecció, i proporció entre nombre de demandes i casos pendents: estats més diligents i més atractius per demanar-hi asil.....	77
c. Proporció de les decisions no substantives respecte del total de decisions.....	78
d. Oportunitats d'obtenir asil.....	79
e. Estats de trànsit.....	79
f. Protecció i refús d'asil en relació amb les decisions substantives.....	80
CAPÍTOL III DRETS HUMANS I SEGURETAT EN LA JUSTIFICACIÓ DELS RÈGIMS D'ASIL. ELS EFECTES DELS ATEMPTATS DE L'ONZE DE SETEMBRE DE 2001 EN L'APROXIMACIÓ AL DRET D'ASIL A EUROPA.....	81
A. EL DISCURS DE LA SEGURETAT, LA PERSPECTIVA DE L'ESTAT D'ASIL.....	82
1. Els moviments migratoris forçosos com a amenaça a la seguretat internacional.....	83
2. Raons per les que es perceben les migracions com amenaça a la seguretat: la transformació de l'estat en el context de la globalització.....	85
3. Les previsions normatives de la Convenció de Ginebra de 1951 sobre la protecció de la seguretat dels estats de refugi.....	87
4. Els moviments migratoris forçosos com a amenaça a la seguretat interna dels estats.....	91
5. Els efectes col·laterals dels atemptats perpetrats l'onze de setembre de 2001 a Nova York, Washington i Pensilvània.....	94
a. La Resolució 1373 (2001) del Consell de Seguretat.....	96
b. La política europea basada en el pla d'acció de 2001.....	97
6. Conseqüències de l'aproximació als fenòmens migratoris forçosos des del paradigma de la seguretat.....	100
B. EL DISCURS DELS DRETS HUMANS, LA PERSPECTIVA DES DE LA PERSONA.....	103
1. Fonament humanitari de la regulació i gestió de les migracions internacionals.....	103
2. La incidència dels drets humans en l'evolució del concepte de refugiat: la noció de persecució.....	106
a. La definició de grup social.....	107
b. L'aplicabilitat del refugi en contextos de conflicte armat: de l'impacte diferencial a l'anàlisi no comparativa.....	112

3. La incidència dels drets humans en l'evolució del concepte de refugiat: la manca de protecció de l'estat d'origen.....	119
<i>a. L'agent de la persecució.....</i>	120
<i>b. Perspectiva de la responsabilitat versus perspectiva de la protecció.....</i>	122
<i>c. Absència de protecció externa versus absència de protecció interna.....</i>	127
CAPÍTOL IV LA RESPONSABILITAT DELS ESTATS EN LA NOCIÓ DE SOLUCIÓ DEL PROBLEMA DELS DEMANDANTS D'ASIL.....	133
A. LA RESPONSABILITAT DELS ESTATS PELS FLUXOS FORÇOSOS DE POBLACIÓ.....	134
1. La responsabilitat dels estats d'origen.....	135
<i>a. L'il·lícit internacional.....</i>	135
<i>b. Conseqüències de l'il·lícit internacional. La qualitat de víctima.....</i>	139
2. La responsabilitat individualitzada dels estats d'asil. El tancament de les fronteres com una qüestió d'abús de drets	141
<i>a. Abús de drets i dret internacional.....</i>	142
<i>b. L'abús de drets en l'àmbit de la protecció dels demandants d'asil. Aplicació als estats d'origen i als estats d'acollida.....</i>	144
<i>c. Problemes per a l'aplicabilitat de la doctrina de l'abús de drets en el cas de l'admissió en el territori i de l'allunyament de demandants d'asil.....</i>	147
B. LA NOCIÓ DE SOLUCIÓ A LA QÜESTIÓ DELS REFUGIATS: RESPONSABILITAT DELS ESTATS I HUMANITARISME RETÒRIC.....	149
1. Efectes col·laterals d'una aplicació de la doctrina de la responsabilitat de l'estat, especialment en el cas de l'estat d'origen.....	152
2. Sobre l'evolució del rol de l'ACNUR.....	153
3. La responsabilitat col·lectiva dels estats d'acollida.....	155
CAPÍTOL V PERSPECTIVES PER A LA REVISIÓ DEL RÈGIM JURÍDIC INTERNACIONAL APLICABLE AL FENOMEN DE LES MIGRACIONS FORÇOSSES.....	159
A. MANCANCES I LIMITACIONS CONCEPTUALS DEL RÈGIM JURÍDIC INTERNACIONAL DE L'ASIL I APUNTS PER A UNA RECONSTRUCCIÓ JURÍDICA DE LES NOCIONS DE REFUGIAT I DE DEMANDANT D'ASIL.....	160
1. Les limitacions del règim internacional sobre refugiats.....	160
<i>a. Situació normativa actual insuficient i antiquada.....</i>	160
<i>b. L'asil com a fenomen transnacional global amb una deficient adequació progressiva del marc normatiu internacional.....</i>	166
2. La reconstrucció conceptual del fenomen dels refugiats i demandants d'asil entorn de la noció de migració forçosa.....	167
<i>a. Un marc conceptual obsolet i empobrit.....</i>	167
<i>b. Propostes per a una reconstrucció conceptual del fenomen dels refugiats i demandants d'asil entorn de la noció de migració forçosa....</i>	170
<i>c. La necessitat de protecció.....</i>	172

B. APUNTS D'UN MARC TEÒRIC EN L'APROXIMACIÓ JURÍDICA A LES MIGRACIONS FORÇOSES.....	174
1. Universalisme <i>versus</i> particularismes, o l'ideal cosmopolita enfront dels corrents comunitaristes davant de la figura dels demandants d'asil.....	175
a. <i>Universalisme i particularismes</i>	176
b. <i>L'argument de les fronteres relativament obertes de Joseph H. Carens com a ideal teòric</i>	181
c. <i>Els demandants d'asil en el debat entre universalisme i particularismes: el cosmopolitisme forçat</i>	186
d. <i>Temptatives de conciliació entre universalisme i particularismes</i>	198
2. Universalisme i particularismes en la construcció d'un ' <i>demos</i> ' europeu....	201
C. ESTRATÈGIES PER A LA RECONCILIACIÓ DE L'IMPERATIU DE LA PROTECCIÓ DELS ÉSSERS HUMANS I ELS INTERESSOS DELS ESTATS. TEMPORALITAT I RESPONSABILITAT SOLIDÀRIA.....	206
1. Protecció temporal i asil provisional.....	207
2. Responsabilitat solidària ordenada segons el criteri de la vulnerabilitat especial	210

SEGONA PART

EL DRET DE DEMANAR ASIL. L'ACCÉS DELS DEMANDANTS D'ASIL A UNA PROTECCIÓ PROVISIONAL A EUROPA.....	217
CAPÍTOL VI ABAST DE LA JURISDICCIÓ DE L'ESTAT RESPECTE DELS DEMANDANTS D'ASIL. SOBIRANIA, ACCÉS AL TERRITORI, EXERCICI D'AUTORITAT PER PART DE L'ESTAT I ZONES INTERNACIONALS.....	222
A. LA SOBIRANIA DELS ESTATS EN RELACIÓ ALS ESTRANGERS DEMANDANTS D'ASIL.....	222
1. Sobirania territorial i dret internacional.....	223
2. La noció de sobirania territorial en el context de la globalització.....	225
3. La competència de reglamentació respecte dels demandants d'asil.....	228
B. L'ACCÉS A UN TERRITORI ESTRANGER PER PART DELS DEMANDANTS D'ASIL..	231
1. Llibertat de circulació i control de l'entrada en el territori de l'estat.....	234
a. <i>L'accés al territori dels estats: entre el control absolut de l'entrada per part de l'estat i la llibertat de circulació per part de les persones</i>	234
b. <i>El dret a la llibertat de circulació en el dret internacional</i>	235
2. Els límits a un exercici discrecional del control d'entrada en el territori.....	237
a. <i>Arguments per a una delimitació del poder dels estats d'excloure l'entrada d'estrangers en el seu territori: raons vàlides per justificar l'exercici de sobirania</i>	237
b. <i>Arguments per a una delimitació del poder dels estats d'excloure l'entrada d'estrangers en el seu territori: sobirania i comunitat internacional</i>	238

c. <i>La protecció internacional dels drets humans com a criteri per a la delimitació de la potestat estatal de control de l'entrada en el territori</i>	241
d. <i>Elements d'un ordre públic internacional i europeu dels drets humans delimitador de la potestat dels estats respecte de l'admissió dels demandants d'asil</i>	243
C. AUTORITAT DE L'ESTAT RESPECTE DELS DEMANDANTS D'ASIL. L'ESTATUT DE LES ANOMENADES ZONES INTERNACIONALS I LA SEVA INCIDÈNCIA EN L'ESTATUT JURÍDIC DELS DEMANDANTS D'ASIL.....	244
1. Les zones internacionals i de trànsit en el dret intern d'alguns estats europeus.....	245
a. <i>El fenomen de les anomenades zones internacionals i de trànsit. Perspectiva des del dret intern dels estats</i>	245
b. <i>La qüestió de les zones internacionals a França</i>	247
c. <i>La qüestió de les zones internacionals a Espanya</i>	250
2. Les zones internacionals i de trànsit en el dret internacional.....	252
a. <i>El fenomen de les anomenades zones internacionals i de trànsit. Perspectiva des del dret internacional</i>	252
b. <i>Moment a partir del qual és efectiva l'autoritat de l'estat respecte de l'estranger demandant d'asil en la zona internacional dels aeroports</i>	253
3. Jurisdicció extraterritorial de l'estat respecte dels demandants d'asil. Exercici d'autoritat, actes atribuïbles a l'estat i domini o control efectiu de la situació del demandant d'asil per part d'un estat.....	256
a. <i>L'abast de l'aplicabilitat del Pacte Internacional per a la protecció dels Drets Civils i Polítics</i>	256
b. <i>Jurisdicció de l'estat als efectes de l'aplicabilitat en l'espai de la Convenció contra la tortura</i>	258
c. <i>Jurisdicció de l'estat als efectes de l'aplicació del Conveni europeu per a la protecció dels drets humans i les llibertats fonamentals</i>	259
d. <i>Actes atribuïbles a l'estat que posen el demandant d'asil sota la seva autoritat</i>	271
e. <i>La importància cada cop més relativa de la qüestió territorial: incidència del fenomen de les zones internacionals en l'estatut dels demandants d'asil</i>	273
CAPÍTOL VII DRETS I GARANTIES DELS DEMANDANTS D'ASIL RESPECTE DE L'ACCÉS A UNA PROTECCIÓ PROVISIONAL D'ACORD AMB EL DRET INTERNACIONAL GENERAL: LA REGLA DEL <i>NON-REFOULEMENT</i>	277
A. EL DRET DE CERCAR I GAUDIR D'ASIL.....	279
B. EL PRINCIPI DE <i>NON REFOULEMENT</i> : ÀMBIT D'APLICACIÓ.....	281
1. Àmbit d'aplicació personal del principi de <i>non-refoulement</i>	282
2. Àmbit d'aplicació material del principi de <i>non-refoulement</i>	284
a. <i>Contingut de la prohibició</i>	284
b. <i>Ampliació de l'àmbit d'aplicació: de la protecció contra la persecució a la protecció contra la violació de drets humans</i>	289

3. Àmbit d'aplicació espacial del principi de <i>non-refoulement</i>	290
a. <i>Non refoulement i no admissió en frontera: la doctrina del control efectiu</i>	292
b. <i>Non refoulement i intercepció de persones en el mar</i>	296
c. <i>Non refoulement en cas de fluxos massius: protecció temporal i tancament de les fronteres</i>	317
C. <i>NON-REFOULEMENT, JURISDICCIO DE L'ESTAT, I ASIL PROVISIONAL</i>	327
1. L'exercici d'autoritat de l'estat com a element que determina l'aplicabilitat del principi <i>non-refoulement</i> en els casos de demanda d'asil en frontera i d'intercepció de vaixells en el mar.....	330
2. La dimensió preventiva del <i>non-refoulement</i>	332
CAPÍTOL VIII L'ASIL EN EL PROCÉS DE CONSTRUCCIÓ EUROPEA. DELS ACORDS DE SCHENGEN A L'ESPAI DE LLIBERTAT, SEGURETAT I JUSTÍCIA.....	337
A. ELS ACORDS DE SCHENGEN I L'ASIL.....	340
1. El dret de l'asil i la immigració en la perspectiva de la realització del mercat interior.....	341
a. <i>Contingut i beneficiaris de la llibertat de circulació</i>	343
b. <i>La qüestió dels demandants d'asil en el marc del mercat interior</i>	344
2. La realització del mercat interior a través de la cooperació intergovernamental. Els convenis internacionals de Schengen i Dublín...	348
3. La incidència dels acords de Schengen en l'estatut dels demandants d'asil a Europa.....	353
a. <i>La tensió entre la protecció dels demandants d'asil i els objectius d'una política d'immigració a Europa</i>	354
b. <i>Aspectes que poden afectar la situació dels demandants d'asil en l'aplicació del Conveni de Schengen</i>	356
B. L'ESPAI DE LLIBERTAT, SEGURETAT I JUSTÍCIA I EL DRET D'ASIL. DE TAMPERE A LA HAIA.....	358
1. Envers un <i>Espai de Llibertat, Seguretat i Justícia</i>	359
a. <i>El trànsit entre l'objectiu del mercat interior i l'Espai de Llibertat, Seguretat i Justícia</i>	359
b. <i>La incorporació del bagatge Schengen a la Unió Europea</i>	364
2. La immigració i l'asil en la realització de l' <i>Espai de Llibertat, Seguretat i Justícia</i>	365
a. <i>El programa de Tampere: balanç de la seva realització pel que fa a l'asil</i>	367
b. <i>El pas al mètode comunitari dels àmbits de l'Espai de Llibertat, Seguretat i Justícia comunitaritzats al Tractat d'Amsterdam</i>	372
c. <i>El programa de La Haia i el pla d'acció del Consell i de la Comissió: perspectives pel que fa a l'asil</i>	375
3. La reactivació del sistema Schengen en un context de debat constitucional	379

CAPÍTOL IX RÈGIM COMUNITARI D'ENTRADA I ADMISSIÓ DELS DEMANDANTS D'ASIL EN L'ESPAI SCHENGEN, I ORDRE PÚBLIC EUROPEU.....	383
A. L'ENTRADA DELS DEMANDANTS D'ASIL EN EL TERRITORI DE LA UNIÓ EUROPEA: DE LES MESURES COMPLEMENTÀRIES DE LA CONVENCIO DE SCHENGEN AL <i>MANUAL COMÚ DE FRONTERES II</i>	385
1. Mesures relatives a l'entrada en la Unió Europea i cauteles previstes per als demandants d'asil.....	386
2. Mesures que dificulten o impedeixen la sortida del país d'origen.....	394
a. <i>L'exigència de visat d'entrada</i>	394
b. <i>Les sancions als transportistes</i>	396
B. L'ADMISSIÓ DELS REFUGIATS QUE DEMANEN ASIL EN EL TERRITORI DE LA UNIÓ EUROPEA: DEL CONVENI DE DUBLÍN AL REGLAMENT ANOMENAT <i>DUBLÍN II</i>	404
1. El reglament <i>Dublín II</i> . Els criteris per a la distribució dels demandants d'asil entre els estats membres o la <i>responsabilitat</i> per les entrades il·legals en el territori.....	409
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.....	414
a. <i>La transferència cap enfora del sistema Dublín dels demandants d'asil</i>	415
b. <i>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</i>	416
c. <i>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</i>	417
3. La legitimitat de la utilització del criteri d'estat segur: aproximació formal	419
a. <i>Repartiment de l'exercici de la funció d'examinar demandes d'asil i non refoulement</i>	420
b. <i>Condicions que cal que respectin els actes de transferència de la funció d'asil entre els estats</i>	423
4. La legitimitat de la utilització de la noció d'estat segur: aproximació material o substantiva.....	427
a. <i>Elements que fan il·legítima la utilització de la noció d'estat segur en un entorn no suficientment harmonitzat</i>	427
b. <i>Les condicions materials de l'estat segur en l'entorn del sistema Dublín en l'espai Schengen</i>	431
c. <i>Els estats del sistema Dublín com a estats no (sempre) segurs per als altres estats del mateix sistema: el cas Adan, Subaskaran & Aitsegur o el sistema Dublín com a una qüestió d'internacional comity</i>	432
C. INCIDÈNCIA DE L'ORDRE PÚBLIC EUROPEU DE PROTECCIÓ DELS DRETS HUMANS EN L'ENTRADA I L'ADMISSIÓ DELS DEMANDANTS D'ASIL A EUROPA..	434
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.....	436
2. El fonament de l'aplicabilitat del Conveni europeu als demandants d'asil: el principi de no discriminació.....	439

3. El respecte de la unitat familiar com a fonament d'un suposat dret d'entrar en un país d'asil.....	440
a. <i>El principi del respecte de la unitat familiar</i>	440
b. <i>El benefici limitat d'un dret de reagrupament familiar dels demandants d'asil en virtut del Conveni europeu</i>	442
4. La protecció de la integritat de la persona humana com a fonament d'un presumpte dret d'entrar en un país d'asil.....	446
a. <i>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</i>	449
b. <i>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</i>	451
c. <i>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</i>	451
D. L'ALTERNATIVA DEL SISTEMA DUBLÍN O EL DRET D'ESCOLLIR.....	456
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.....	459
A. L'ENTRADA EN EL TERRITORI PER PART DELS DEMANDANTS D'ASIL	463
1. Exoneració de la presentació de documents d'entrada.....	465
2. <i>Immunitat penal</i> per entrades il·legals.....	469
B. L'ADMISSIÓ EN EL TERRITORI. EL REQUISIT DE LES DEMANDES NO MANIFESTAMENT INFUNDADES O ADMISSIBLES.....	470
1. Les demandes manifestament infundades en les conclusions de l'ACNUR	471
2. Les demandes manifestament infundades en el marc de la cooperació europea en assumptes de justícia i d'interior.....	473
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.....	476
C. RÈGIMS ESTATALS PER A L'ADMISSIÓ I/O ENTRADA EN EL TERRITORI.....	498
1. Previsions de les normatives internes d'alguns estats membres de la Unió Europea.....	489
a. <i>L'admissió en el territori dels demandants d'asil a Espanya</i>	492
b. <i>L'admissió en el territori dels demandants d'asil a Bèlgica</i>	500
c. <i>L'admissió en el territori dels demandants d'asil a França</i>	504
d. <i>L'admissió en el territori dels demandants d'asil a Alemanya</i>	516
e. <i>L'admissió en el territori dels demandants d'asil al Regne Unit</i>	528
f. <i>L'admissió en el territori dels demandants d'asil a Itàlia</i>	543

2. L'entrada en el territori dels estats membres d'acord amb la <i>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</i>	547
a. <i>Trets de l'ordenació dels procediments per concedir o retirar la condició de refugiat prevista a la directiva</i>	548
b. <i>Balanç i perspectives de l'admissió dels demandants d'asil en els estats membres de la Unió Europea</i>	554

TERCERA PART

EL CONTINGUT DE L'ASIL PROVISIONAL I LES GARANTIES CONTRA LA SORTIDA FORÇOSA DEL TERRITORI DELS DEMANDANTS D'ASIL EN LA UNIÓ EUROPEA.....	561
--	------------

CAPÍTOL XI ENVERS UN ESTATUT ECONÒMIC I SOCIAL COMÚ EUROPEU DELS DEMANDANTS D'ASIL INDIVIDUALS.....	564
---	-----

A. L'ESTÀNDARD MÍNIM INTERNACIONAL DE TRACTAMENT DELS DEMANDANTS D'ASIL.....	564
--	-----

1. El contingut de l'estàndard mínim internacional dels demandants d'asil en tant que persones estrangeres, d'acord amb el Dret internacional dels drets humans.....	568
2. Drets dels demandants d'asil, d'acord amb la Convenció de Ginebra de 1951.....	571
3. Bones pràctiques d'acollida segons l'ACNUR.....	572

B. BASES PER A UN ESTÀNDARD MÍNIM EUROPEU DE TRACTAMENT DELS DEMANDANTS D'ASIL.....	574
---	-----

1. Les condicions d'acollida dels demandants d'asil en els estats membres: trets principals i balanç de conjunt.....	575
2. Les condicions materials d'acollida dels demandants d'asil d'acord amb la Directiva 2003/9/CE.....	587
a. <i>Àmbit d'aplicació de les condicions materials d'acollida dels demandants d'asil</i>	587
b. <i>Les condicions materials d'acollida dels demandants d'asil: l'estàndard mínim europeu</i>	589
c. <i>Valoracions generals del règim de drets substantius instaurat per la Directiva 2003/9/CE</i>	595
3. El dret substantiu de no patir tractaments inhumans ni degradants i de ser tractat humanament dels demandants d'asil mentre estan en situació d'asil provisional.....	597
a. <i>El dret a unes condicions de detenció decents dels demandants d'asil</i> ...	601
b. <i>El dret de gaudir d'uness condicions essencials de vida</i>	616

CAPÍTOL XII LES GARANTIES QUE REGEIXEN ELS PROCEDIMENTS I LES DECISIONS RELATIVES A L'ESTATUT JURÍDIC DELS DEMANDANTS D'ASIL.....	627
A. LES GARANTIES DE PROCEDIMENT DELS DEMANDANTS D'ASIL RESPECTE DE LA TRAMITACIÓ DE LA DEMANDA D'ASIL EN LA UNIÓ EUROPEA.....	630
1. Els principis i les garanties fonamentals dels procediments d'acord amb la Directiva 2005/85/CE.....	630
2. Greuges relatius a l'harmonització dels procediments d'asil a la Unió Europea.....	637
3. Valoracions generals del règim de drets procedimentals instaurat per la Directiva 2005/85/CE, i qüestions no resoltes per l'harmonització de les regles de procediment i d'acollida.....	640
B. ESTÀNDARDS INTERNACIONALS I EUROPEUS RELATIUS ALS PROCEDIMENTS D'ASIL.....	643
1. Estàndards internacionals de procediment que les normes mínimes comunitàries no atansen: El <i>Manual de procediments</i> de l'ACNUR i la determinació de procediments d'asil <i>justos i eficaços</i>	643
2. Les garanties procedimentals que resulten del Conveni Europeu per a la protecció dels drets humans i les llibertats fonamentals per als demandants d'asil.....	646
a. <i>La inaplicabilitat de l'article 6 del CEDH, o la manca d'obligació dels</i> <i>estats d'aplicar processos equitatius, en terminis raonables i amb</i> <i>tribunals independents i imparcials, en els procediments relatius a</i> <i>demandes d'asil</i>	647
b. <i>Les garanties procedimentals que resulten de l'article 13 del CEDH i</i> <i>respecte de l'abast de l'asil provisional dels demandants d'asil</i>	655
c. <i>Drets procedimentals dels demandants d'asil que resulten</i> <i>implícitament de la protecció de drets substantius del Conveni</i> <i> europeu de drets humans</i>	665
 CAPÍTOL XIII EL DRET SUBSTANTIU A LA LLIBERTAT PERSONAL DELS DEMANDANTS D'ASIL EN LA UNIÓ EUROPEA.....	 677
A. EL MARC JURÍDIC DE LES LIMITACIONS DEL DRET A LA LLIBERTAT A EUROPA: LA LEGITIMITAT DE LES MESURES DE DETENCIÓ DELS DEMANDANTS D'ASIL.....	679
1. El dret a la llibertat personal i la detenció dels demandants d'asil en dret internacional.....	679
a. <i>Les excepcions al principi de la llibertat personal del demandant d'asil</i> <i>admeses en dret internacional: les detencions no arbitràries</i>	681
b. <i>La posició de l'ACNUR sobre la detenció dels demandants d'asil:</i> <i>motius de detenció i pràctiques recomanades</i>	685
2. El dret a la llibertat personal en el sistema europeu de protecció dels drets humans i les llibertats fonamentals.....	687
a. <i>El manteniment dels demandants d'asil en les zones internacionals dels</i> <i>aeroports com a privació de llibertat en el sentit del Conveni</i> <i> europeu de drets humans</i>	689

<i>b. La legalitat de la detenció dels demandants d'asil en el sistema europeu: la protecció contra l'arbitrarietat de les autoritats estatals</i>	692
3. Les previsions relatives a la detenció dels demandants d'asil en la normativa comunitària europea.....	699
B. LES LIMITACIONS TEMPORALS DE LA DETENCIÓ DELS DEMANDANTS D'ASIL.....	701
1. El temps de durada de la detenció com a motiu d'il·legimitat de la mesura de privació de llibertat.....	701
2. Previsió normativa i pràctica dels estats europeus sobre els límits temporals de les detencions, i les restriccions a la llibertat de circulació dels demandants d'asil.....	705
<i>a. França.....</i>	706
<i>b. Espanya.....</i>	710
<i>c. Bèlgica.....</i>	712
<i>d. Alemanya.....</i>	719
<i>e. Itàlia.....</i>	720
<i>f. Regne Unit.....</i>	722
CAPÍTOL XIV LES GARANTIES DE PROCEDIMENT EN EL CONTROL DE LES MESURES DE PRIVACIÓ DE LLIBERTAT DELS DEMANDANTS D'ASIL EN LA UNIÓ EUROPEA.....	733
A. ESTÀNDARDS INTERNACIONALS I SISTEMA EUROPEU DE PROTECCIÓ DELS DRETS HUMANS I LLIBERTATS FONAMENTALS.....	733
1. Estàndards internacionals relatius a les garanties procedimentals de les mesures de detenció en general.....	733
2. Directrius i estàndards de protecció de l'ACNUR respecte del control de les detencions de demandants d'asil.....	735
3. Les garanties procedimentals que proporciona el sistema europeu de drets humans per al cas de detencions de demandants d'asil.....	737
B. EL CONTROL DE LA DETENCIÓ DELS DEMANDANTS D'ASIL EN ELS ESTATS EUROPEUS.....	740
<i>a. El Regne Unit.....</i>	742
<i>b. Espanya.....</i>	746
<i>c. França.....</i>	762
<i>d. Itàlia.....</i>	764
<i>e. Bèlgica.....</i>	765
CAPÍTOL XV L'ESTATUT EUROPEU DELS DEMANDANT D'ASIL RESPECTE DE LES MESURES D'ALLUNYAMENT.....	769
A. EL DRET DELS ESTATS D'EXPULSAR LES PERSONES ESTRANGERES.....	772
1. El dret dels estats d'expulsar els estrangers en Dret Internacional.....	773
2. Les previsions d'expulsió d'estrangers en dret europeu.....	781

B. EL DRET DELS DEMANDANTS D'ASIL DE NO SER EXPULSATS.....	789
1. La protecció del dret de no patir de tortura, tractaments, penes o càstigs inhumans o degradants.....	790
a. <i>La protecció contra la tortura i el patiment de tractaments cruels, inhumans i degradants del Pacte internacional de drets civils i polítics i el seu sistema de garantia.....</i>	791
b. <i>Les garanties del Conveni i el Comitè contra la tortura.....</i>	794
c. <i>Les garanties del Conveni europeu de drets humans respecte del dret de no ser torturat ni sotmès a tractaments inhumans o degradants....</i>	800
2. La protecció d'altres drets.....	823
a. <i>El dret a la vida.....</i>	823
b. <i>El dret a la vida privada i familiar.....</i>	825
c. <i>El dret de no patir una denegació de justícia flagrant.....</i>	830
C. LA UNIÓ EUROPEA I EL RESPECTE DELS DRETS DELS DEMANDANTS D'ASIL DERIVATS DEL SISTEMA EUROPEU DE PROTECCIO DELS DRETS HUMANS I LES LLIBERTATS FONAMENTALS.....	831
1. La doctrina del TEDH sobre el respecte de l'ordre públic europeu instaurat a partir del Conveni de Roma per part del dret comunitari: de la sentència <i>Matthews</i> de 1999 a la sentència <i>Bosphorus</i> de 2005.....	832
2. La incidència del <i>Tractat pel qual s'estableix una Constitució per a Europa</i> en la protecció de l'asil.....	840
3. Els efectes de la doctrina <i>Bosphorus</i> en l'estatut dels demandants d'asil a Europa.....	846
 CONCLUSIONS-CONCLUSIONES.....	 853
 BIBLIOGRAFIA I DOCUMENTACIÓ.....	 879
 ÍNDIX D'AUTORS.....	 969
 ANNEXOS.....	 981

ABREVIATURES

<i>ACEDH.YECHR</i>	<i>Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme. Yearbook of the European Convention on Human Rights</i>
ACNUR	Alt Comissionat (o Alta Comissaria) de les Nacions Unides per als Refugiats
<i>ADI</i>	<i>Anuario de Derecho Internacional. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra</i>
<i>AFDI</i>	<i>Annuaire Français de Droit International</i>
AGNU	Assemblea General de les Nacions Unides
AI	Amnesty International. Amnistia Internacional
<i>AJDA</i>	<i>L'Actualité juridique Droit Administratif</i>
<i>AJIL</i>	<i>American Journal of International Law</i>
<i>AJPL</i>	<i>Austrian Journal of Public and International Law</i>
<i>ASIL Proceedings</i>	<i>American Society of International Law Proceedings</i>
<i>ASYL</i>	<i>ASYL. Schweizerische Zeitschrift für Asylrecht und -praxis. Revue suisse pour la pratique et le droit d'asile</i>
<i>BEUR</i>	<i>Boletín europeo de la Universidad de la Rioja</i>
<i>BYBIL</i>	<i>The British Year Book of International Law</i>
CAHAR	Comitè <i>ad hoc</i> d'experts sobre els aspectes jurídics de l'asil territorial dels refugiats i dels apàtrides del Consell d'Europa
CCT	<i>Convenció contra la tortura</i>
C ^{té} CT	Comitè contra la tortura
<i>CDE</i>	<i>Cahiers de Droit Européen</i>
C ^{té} DH	Comitè de Drets Humans
<i>CEBDI</i>	<i>Cursos Euromediterràneos Bancaja de Derecho Internacional</i>
CEDH	<i>Conveni europeu per a la protecció dels drets humans i les llibertats fonamentals</i>
CssDH	Comissió de Drets Humans
CssDI	Comissió de Dret Internacional
CssE	Comissió Europea
CssEDH	Comissió europea de drets humans
<i>CG</i>	<i>Convenció de Ginebra sobre l'estatut dels refugiats de 1951</i>
CIJ	Cort Internacional de Justícia
<i>CIJ Rec.</i>	<i>Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances. Reports of judgements, advisory opinions and orders.</i>
<i>CILJ</i>	<i>Cornell International Law Journal</i>
<i>CMLR</i>	<i>Common Market Law Reports</i>
CPJI	Cort Permanent de Justícia Internacional
<i>CPJI Rec.</i>	<i>Recueil des arrêts</i>
CPT	Comitè europeu per a la prevenció de la tortura i de penes o tractaments inhumans o degradants
C ^{ll} Eu	Consell Europeu
C ^{ll} UE	Consell de la Unió Europea
<i>DAI</i>	<i>Documents d'Actualité Internationale</i>
DHA	Departament d'Afers Humanitaris de Nacions Unides
<i>DOCE</i>	<i>Diario Oficial de las Comunidades Europeas</i>
<i>DOUE</i>	<i>Diario Oficial de la Unión Europea</i>

DR	<i>Décisions et Rapports de la CessEDH</i>
EXCOM ACNUR	Comité Executiu de l'ACNUR
EFAR	<i>European Foreign Affairs Review</i>
EHRLR	<i>European Human Rights Law Review</i>
EJIL	<i>European Journal of International Law</i>
EJML	<i>European Journal of Migration and Law</i>
ELR	<i>European Law Review</i>
ERPL/REDP	<i>European Review of Public Law / Revue Européenne de Droit Public</i>
GILJ	<i>Georgetown Immigration Law Journal</i>
GYIL	<i>German Yearbook of International Law</i>
GP	<i>Gazette du Palais</i>
HEWS	<i>Humanitarian Early Warning System</i>
HILJ	<i>Harvard International Law Journal</i>
HRLJ	<i>Human Rights Law Journal</i>
IA	<i>International Affairs</i>
ICLQ	<i>International and Comparative Law Quarterly</i>
IDI	<i>Institut de Droit International</i>
IHRR	<i>International Human Rights Reports</i>
ILA	<i>International Law Association</i>
ILM	<i>International Legal Materials</i>
ILR	<i>International Law Reports</i>
IO	<i>International Organisation</i>
IP	<i>International Politics</i>
IJMGR	<i>International Journal of Minority and Group Rights</i>
IJRL	<i>International Journal of Refugee Law</i>
IMR	<i>International Migration Review</i>
JCMS	<i>Journal of Common Market Studies</i>
JDI	<i>Journal du Droit International</i>
JORF	<i>Journal Officiel de la République Française</i>
JRS	<i>Journal of Refugee Studies</i>
JT	<i>Journal des Tribunaux</i>
LIEI	<i>Legal Issues of the European Integration</i>
MJIL	<i>Michigan Journal of International Law</i>
NILR	<i>Netherlands International Law Review</i>
NJIL	<i>Nordic Journal of International Law</i>
Npp	Nota a peu de pàgina
NQHR	<i>Netherlands Quarterly of Human Rights</i>
NYBIL	<i>Netherlands YearBook of International Law</i>
NU	Nacions Unides
PE	Parlament europeu
PI	<i>Politique Internationale</i>
PIDCP	<i>Pacte Internacional de Drets Civils i Politics</i>
PL	<i>Public Law</i>
PS	<i>Political Studies</i>
RBDI	<i>Revue belge de droit international</i>
RCDIPr	<i>Revue Critique de Droit International Privé</i>
R. des C.	<i>Académie de Droit International. Recueil des Cours</i>
RDCE	<i>Revista de Derecho Comunitario Europeo</i>

<i>ReDCE</i>	<i>Revista de Derecho Constitucional Europeo</i>
<i>RDE</i>	<i>Revue du droit des étrangers</i>
<i>RDEuropeo</i>	<i>Rivista di Diritto Europeo</i>
<i>RDH</i>	<i>Revue des Droits de l'Homme</i>
<i>RDI</i>	<i>Rivista di Diritto Internazionale</i>
<i>RDiDc</i>	<i>Revue de Droit international et de Droit comparé</i>
<i>RDME</i>	<i>Revista de Derecho Migratorio y Extranjería</i>
<i>RDP</i>	<i>Revue du Droit Public et de la Science politique en France et à l'étranger</i>
<i>RDUE</i>	<i>Revue du Droit de l'Union Européenne</i>
<i>REDI</i>	<i>Revista española de Derecho Internacional</i>
<i>REEI</i>	<i>Revista Electrónica de Estudios Internacionales</i> http://www.reei.org
<i>Refuge</i>	<i>Refuge. Canada's Periodical on Refugees</i>
<i>REMI</i>	<i>Revue européenne des Migrations Internationales</i>
<i>RFDA</i>	<i>Revue française de Droit Administratif</i>
<i>RGDE</i>	<i>Revista General de Derecho Europeo. Iustel</i> http://www.iustel.com/revistas/default.asp
<i>RGDIP</i>	<i>Revue Générale de Droit International Public</i>
<i>RHDI</i>	<i>Revue Hellénique de Droit International</i>
<i>RICR.IRRC</i>	<i>Revue Internationale de la Croix-Rouge. International Review of the Red Cross</i>
<i>RIE</i>	<i>Revista de Instituciones Europeas</i>
<i>RJUAM</i>	<i>Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid</i>
<i>RMC</i>	<i>Revue du Marché Commun</i>
<i>RMCUE</i>	<i>Revue du Marché Commun et de l'Union européenne</i>
<i>RMU</i>	<i>Revue du Marché Unique</i>
<i>RMUE</i>	<i>Revue du Marché Unique européen</i>
<i>RSA</i>	<i>Recueil des sentences arbitrales</i>
<i>RSQ</i>	<i>Refugee Survey Quarterly</i>
<i>RTDe</i>	<i>Revue Trimestrielle de Droit européen</i>
<i>RTDH</i>	<i>Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme</i>
<i>RTSdN</i>	<i>Recueil des Traités. Société des Nations</i>
<i>RUDH</i>	<i>Revue Universelle des Droits de l'Homme</i>
<i>SZIER.RSDIE</i>	<i>Schweizerische Zeitschrift für internationale und europäisches Recht. Revue suisse de droit international et de droit européen</i>
<i>TC</i>	<i>Tribunal Constitucional</i>
<i>TEDH</i>	<i>Tribunal europeu de drets humans</i>
<i>TEDH Publ. A</i>	<i>Publications de la Cour européenne des droits de l'homme. Série A. Arrêts et décisions.</i>
<i>TEDH Rec.</i>	<i>Recueil des arrêts et décisions. Reports of judgements and decisions.</i>
<i>TJCE</i>	<i>Tribunal de Justicia de les Comunitats Europees</i>
<i>TJCE Rec.</i>	<i>Recopilación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia.</i>
<i>TS</i>	<i>Tribunal Suprem</i>
<i>TSJ</i>	<i>Tribunal Superior de Justicia</i>
<i>UCLA Law Review</i>	<i>University of California Los Angeles Law Review</i>
<i>UNHCHR</i>	<i>United Nations High Commissioner for Human Rights</i>
<i>VJIL</i>	<i>Virginia Journal of International Law</i>
<i>YEL</i>	<i>Yearbook of European Law</i>
<i>YJIL</i>	<i>The Yale Journal of International Law</i>
<i>WUJL&P</i>	<i>Washington University Journal of Law & Policy</i>

INTRODUCCIÓ

1. *El dret d'asil és mort* és una expressió recurrent emprada tot sovint per part d'entitats d'àmbit estatal i actors de la comunitat internacional amb funcions humanitàries des dels inicis dels anys noranta del segle XX¹. Reflecteix una nova percepció de la realitat alhora que inclou una denúncia pública esperonadora de les societats liberals occidentals davant de les mesures polítiques i normatives adoptades pels seus governants que fan visible amb la restricció de l'asil i la clausura de les seves fronteres a l'alteritat el costat menys exemplar de la construcció europea, el de l'exclusió.

Les qüestions al voltant de l'asil a Europa van ser el principal element entorn del qual es va iniciar la investigació que ara s'introdueix. En la delimitació de l'objecte d'estudi es va optar per centrar l'anàlisi en la dimensió individual de l'asil i, en concret, en la posició jurídica de les persones que ja no es troben sota la jurisdicció de l'estat de la nacionalitat o de la residència habitual, i que es presenten com a demandants d'asil davant de les autoritats d'un potencial estat d'acollida membre de la Unió Europea. En definitiva, es va centrar la investigació en quins eren *Els drets i les garanties dels demandants d'asil en l'espai jurídic europeu*.

2. A començaments dels anys noranta del segle XX la qüestió dels refugiats i dels demandants d'asil va començar a ser observada i tractada com a *problema* per part dels estats europeus per diversos motius. Per un costat, la caiguda del mur de Berlín i la desmembració de l'ex-URSS va activar el desig de persones fins llavors excloses de l'espai de drets i llibertats europeu d'integrar-s'hi a títol individual. Aquesta pretensió es va canalitzar en un primer moment a través de previsions normatives internes sobre asil que pràcticament s'havien deslligat de la noció de *persecució* de la Convenció de Ginebra de 1951, ja que anaven molt més enllà d'ella, i en les que era preponderant el vessant subjectiu de l'asil i el marge de discrecionalitat de l'estat a l'hora de concedir-lo. Aquests drets interns sobre asil tampoc es circumscriuien necessàriament a les exigències dels marcs jurídics internacionals i europeus de protecció dels drets humans i les llibertats fonamentals, sinó que reflectien els principis liberals sobre els que els estats occidentals manifestaven bastir-se.

Per l'altre, l'evolució de les dinàmiques internes de la Unió Europea afavorien l'aprofundiment i l'ampliació de l'àmbit d'aplicació personal de les llibertats comunitàries més enllà del vincle dels diferents actors amb activitats econòmiques cobertes pel dret comunitari, però limitat al reconeixement polític de les persones com a ciutadanes.

¹ Per exemple, Antoine Decourcelle, Stéphane Julinet, *Que reste-t-il du droit d'asile?*, Paris: L'Esprit frappeur, 2000, pàg. 167.

En aquest context, el manteniment de polítiques d'asil favorables a l'acollida per raons humanitàries va començar a ser considerat perjudicial per als interessos de cadascun de les estats, i per a l'interès comunitari de creació d'un *Espai de llibertat, seguretat i justícia* limitat a la pertinença política a la comunitat de dret. Els estats van iniciar una cursa cap a l'abisme amb la devaluació dels seus règims d'asil per evitar convertir-se en països preferents de destí dels demandants d'asil i, amb sort, aquests règims van anar limitant-se a preveure una protecció territorial dels refugiats en el sentit de la Convenció de Ginebra, sempre que aquests no haguessin pogut ser retornats a un tercer *país d'acollida o estat segur*.

Amb l'objectiu de fer més efectiva la cooperació entre els estats membres de les Comunitats europees per assolir un espai de llibertat de circulació, els Acords de Schengen únicament van regular tangencialment la qüestió de l'asil amb un sistema que regia l'aplicació del concepte de *tercer estat segur i d'acollida* entre els estats participants, considerats ells mateixos com a segurs els uns respecte dels altres. El testimoni d'aquesta cooperació va ser entomat i estès a d'altres àmbits en la Unió Europea a partir de finals dels anys noranta, sempre des de la perspectiva que l'assoliment d'un espai de llibertat de circulació feia sorgir eventuais riscos de seguretat i d'ordre públic en els quals hi tenia incidència el règim d'asil, el qual ja en aquell moment s'havia confós amb la qüestió de les migracions i de l'estrangeria en general. A aquesta confusió hi va contribuir també la nova dimensió que van anar prenent els moviments migratoris voluntaris i forçosos, sobretot originaris del Sud d'Europa, els integrants dels quals sovint optaven per provar l'admissió com a demandants d'asil, mancant vies legals d'immigració per motius econòmics.

Va ser en aquest panorama de devaluació competitiva dels règims d'asil a Europa fins al mínim irreductible de la norma internacional convencional previsor de l'estatut de refugiat, ultrapassat ja per la realitat dels fets de migracions forçoses i per la transformació de la societat internacional, on alguns actors humanitaris van vaticinar la mort de l'asil a Europa.

3. La qüestió dels refugiats té des de finals del segle XX dos eixos estretament vinculats entre si:

En primer lloc la tensió entre, per una banda, una realitat fàctica que presenten fenòmens col·lectius de migracions forçoses indiscriminades provocades per una combinació de factors socials, polítics i econòmics desfavorables i, per l'altra, una previsió normativa interna i internacional adreçada únicament a regular la protecció de persones individualment considerades en funció de motius racials, religiosos, de nacionalitat, de pertinença a un determinat grup social o d'opinions polítiques que poden ser objecte de *persecució*.

En segon lloc, el fenomen generalitzat de replegament dels estats en determinades àrees geogràfiques políticament cohesionades i de prevenció respecte de l'entrada en els seus territoris de persones nacionals de tercers països. Els motius de l'aversion a la immigració estrangera són diversos. Per un costat, l'existència d'una conjuntura

econòmica que incita a l'abandonament de les polítiques permissives en matèria d'entrada, que propugna el tancament de les fronteres, i que estableix el *mite* de la *immigració zero*. Per l'altra, una reacció difusa a fenòmens interrelacionats que giren entorn de la *globalització*, principalment de tipus econòmic, però que implacablement comporta en un segon moment repercussions socials, culturals i polítiques; és a dir, canvis en les estructures de poder cada cop més desdibuixades, on els estats esdevenen cada cop més inexorablement permeables i oberts.

Els estats tenen respostes de tipus identitari al fenomen de la globalització que s'expressa principalment en un rebuig de la immigració. Aquesta aversió a l'estranger no distingeix entre migracions més o menys voluntàries i migracions clarament forçoses, i tendeix a assimilar tots els immigrants, refugiats i demandants d'asil, com si tots ells cerquessin manllevar els trets identitaris, o com si tots fossin potencials destructors d'un estat de benestar econòmic legítimament assolit. Es construeix una percepció de l'alteritat com a pertorbadora per el manteniment de l'estat de coses intern i per a la preservació de la identitat social i cultural del país, des d'una perspectiva defensiva més que constructiva o dinàmica. Per a aquesta fi, d'altra banda, el llenguatge de la *seguretat* es perverteix i s'utilitza a l'hora de tractar els fenòmens de mobilitat social i de migracions, i es justifiquen accions restrictives generalitzades.

4. Des de mitjans dels anys vuitanta l'espai jurídic europeu es configura com un espai normatiu caracteritzat per una clausura física de les fronteres dels estats que en formen part a través de mecanismes normatius i de control policial. Aquest fet, paradoxalment, s'oposa a una creixent porositat de les fronteres entre alguns estats determinats com a conseqüència de l'establiment d'un nou tipus de relacions, i de la creixent mobilitat dels factors econòmics, socials i de tot tipus a escala global.

Aquest moviment de replegament cap a l'interior i d'exclusió política s'expressa en les estratègies que cerquen desincentivar l'arribada i l'estada d'estrangers que potencialment podrien demanar asil. L'objectiu per als estats és reduir, quan no eliminar, les institucions residuals d'entrada en el país de persones estrangeres, com el dret d'asil. En aquest sentit: en primer lloc, es produeix una reducció de l'*estàndard* de protecció. En els drets interns (a) s'eliminen les possibilitats d'obtenir asil al marge de les exigències internacionals marcades per la Convenció de Ginebra de 1951 i el Conveni europeu de protecció dels drets humans; i, en general, els estats estableixen una equiparació entre les condicions que determinen el reconeixement de l'estatut de *refugiat* i les que permeten la concessió d'asil. (b) S'introdueixen mecanismes de delimitació de la càrrega del tractament de les demandes d'asil presentades sota la jurisdicció dels estats entorn de nocions com *tercer estat d'asil segur*, repartiment de càrregues, *responsabilitat* o equivalència de mecanismes de protecció. I (c) es restringeixen les prestacions que l'estat ofereix un cop s'ha obtingut l'estatut de refugiat o l'asil.

En segon lloc, es fa una interpretació restrictiva de la definició de refugiat de la Convenció de Ginebra, definició que per ella mateixa té un abast limitat per la dimensió

individual de refugiat que contempla.

Finalment, s'introdueixen mecanismes per tal d'evitar l'arribada al país de demandants d'asil: generalització de l'exigència de visat d'entrada, introducció o agreujament de previsions legislatives internes sobre sancions als transportistes de demandants d'asil, intercepció de persones fora de la jurisdicció territorial, etc.

5. El demandant d'asil és una persona especialment vulnerable en la seva posició davant de la comunitat internacional perquè, per definició, com els refugiats, està mancat de la protecció que normalment proporciona l'estat de la nacionalitat o de la residència habitual. Aquesta vulnerabilitat obeeix primerament al fet que, en general, les persones que ja han sortit de la jurisdicció de l'estat d'origen no tenen un dret subjectiu de ser admeses en un país estranger. Aquest dret només el tenen els refugiats i els demandants d'asil quan es troben en determinades circumstàncies, i no es tracta d'un dret incondicional ni il·limitat formalment previst, sinó que s'infereix d'obligacions que els estats han assumit, i d'estàndards internacionals i europeus que no tenen com a objecte exclusiu ni principal els demandants d'asil. El dret de demanar asil i, sobretot, el seu contingut substantiu, el dret a un asil provisional resulten indirectament de la confluència de dos règims internacionals, el del refugi i el dels drets humans, des d'una perspectiva funcional.

L'asil, com també el refugi, per definició, està molt a prop dels límits del dret internacional, és una *borderline practice*² o, com expressa Reinhard Marx un concepte caracteritzat per una paradoxa: *conceptually transcendeix les fronteres nacionals però només pot ser posat en marxa dins de les fronteres nacionals*³.

L'estat, per més que s'hagin trastocat les seves bases existencials i encara que es tracti d'un *soft state*⁴, des d'aquest punt de vista, és encara necessari per als demandants d'asil. La sobirania s'ha transformat en les seves dimensions interna i externa, però el fenomen de la globalització no ha arribat fins a anorrear la transcendència de l'exercici d'autoritat en el cas de determinades persones, sinó que més aviat ha fet lluir la dimensió més universal i transversal dels drets humans.

La situació del demandant d'asil davant d'aquest estat que tendeix a replegar-se sobre si mateix enfront dels eventuais riscos per a una determinada concepció de la seva seguretat és una situació transitòria, i la seva durada depèn del temps que es tardi en accedir a un procediment d'asil i del temps que duri la tramitació i la resolució definitiva de cada cas. Aquesta situació només està molt vagament prevista i emparada per la Convenció de Ginebra i el Protocol de Nova York.

6. L'objecte d'aquest treball és, tenint en compte la situació fàctica i normativa del

² Gregor Noll, "Formalism v. Empiricism: Some Reflections on the Dublin Convention on the Occasion of Recent European Case Law", *NJIL*, vol. 70, 2001, pàg. 165.

³ Reinhard Marx, "Adjusting the Dublin Convention: New Approaches to Member State Responsibility for Asylum Applications", *EJML*, vol. 3, 2001, pàg. 7.

⁴ Serge Sur, "The State between Fragmentation and Globalization", *EJIL*, vol. 8, núm. 3, 1997, pàg. 428.

Dret d'asil a Europa, establir quin és l'estatut de drets i garanties de les persones que es troben sota la jurisdicció d'un dels estats membres de la Unió Europea i que demanen asil. Aquest estatut s'inscriu en un règim jurídic no formalitzat dels demandants d'asil a Europa que està configurat per principis i normes internacionals i per procediments de tractament en els que hi tenen un paper rellevant els drets i les garanties del sistema europeu de protecció dels drets humans i de les llibertats fonamentals.

Un dels principals elements d'aquest règim és el *dret de demanar asil*. En certa manera és un dret previ a tots els altres drets substantius i a totes les altres garanties procedimentals dels demandants d'asil. El dret de demanar asil no és només un dret programàtic previst a la Declaració Universal dels drets humans, sinó que resulta, amb un contingut substantiu concret, d'obligacions internacionals assumides pels estats, així com dels estàndards internacionals que configuren l'accés a un procediment d'asil. Entre les obligacions convencionals que recolzen l'existència d'un dret subjectiu de demanar asil, una de les més importants és la del *non-refoulement*. Com expressa Vincent Chetail, *la prohibició de refoulement és alhora la qüestió prèvia i la conseqüència de l'estatut de refugiat, perquè garanteix el dret a l'estatut i el dret de l'estatut*⁵.

7. Actualment la condició de demandant d'asil o de refugiat ha perdut bona part de l'element de diferenciació i privilegi que tenia respecte de la resta de persones immigrants. La qualitat de demandant d'asil continua sent però un element que *qualifica* la vulnerabilitat de determinades persones per raons bé relatives a la raça, la religió, la nacionalitat, la pertinença a determinats grups socials o opinions polítiques per les que poden ser perseguides; bé perquè són en joc determinats drets humans essencials per a una vida digne com el mateix dret a la vida, o a no ser torturat o sotmès a tractaments inhumans o degradants.

Aquesta reducció de l'especificitat dels demandants d'asil abasta tant els refugiats com les persones que són en una situació intensa de risc fora de la jurisdicció de l'estat d'origen, i es deriva en part de l'evolució dels estàndards jurídics relatius a la protecció dels drets humans que s'ha desenvolupat al marge del Dret del refugi. Els àmbits d'aplicació dels dos sistemes de normes conflueixen en determinats punts i, en la mesura d'això, la protecció internacional dels drets humans pot configurar un marc de contenció d'allò que és legítim fer a través de les polítiques de restricció de l'asil per part dels estats, considerats individualment, o com a conjunt en el context de la Unió Europea. En l'espai jurídic europeu aquest marc està format per instruments universals de protecció dels drets humans, com el Pacte de drets civils i polítics i la Convenció contra la tortura, i per instruments regionals com el Conveni europeu de drets humans.

Des del punt de vista teòric, aquest fet expressa la penetració de l'*universalisme* dels drets humans en el sistema *particularista* de protecció dels refugiats.

⁵ Vincent Chetail, "Le droit des réfugiés à l'épreuve des droits de l'homme: bilan de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'interdiction du renvoi des étrangers menacés de torture et de traitements inhumains ou dégradants", *RBDI*, vol. XXXVII, núm. 1, 2004, pàg. 160.

8. En el dret internacional, la Convenció de Ginebra i l'ACNUR es fonamenten en la diferència entre els nacionals i els estrangers i, en relació a aquests, entre els immigrants econòmics i els immigrants forçosos o refugiats en sentit ampli. En el dret intern dels estats, des de la caiguda del mur de Berlín, amb l'esvaniment de l'oposició entre blocs ideològicament oposats i amb les transformacions en les migracions forçoses internacionals, hi ha una tendència cada cop més intensa envers la limitació progressiva dels beneficis que per als demandants d'asil es deriven del sistema internacional de protecció dels refugiats. Per això, els sistemes de protecció dels drets humans i, especialment, el Conveni europeu de drets humans i llibertats fonamentals han estat claus en la protecció dels demandants d'asil que va més enllà d'allò que preveu expressament el Dret del refugi, com l'asil provisional de les persones que demanen protecció, o el dret de no ser expulsat. El Dret de l'asil, per tant, actualment, beu tant del règim particularista del Dret del refugi, com del règim universalista dels drets humans que, des d'aquest punt de vista, són interdependents.

D'altra banda, la interferència de la protecció dels drets humans en el Dret del refugi i l'asil proporciona a aquest, indirectament, formes de control internacional del compliment de les obligacions dels estats, quan aquestes obligacions coincideixen o estan en íntima connexió amb les que es deriven de sistemes de protecció dels drets humans que sí preveuen aquesta garantia.

9. Les hipòtesis de treball de la investigació que es van plantejar a l'inici van ser fonamentalment quatre:

a. A Europa els demandants d'asil tenen dret a que siguin reconegudes les conseqüències jurídiques de la situació que resulta del fet d'haver accedit al territori, o trobar-se d'altra manera sota la jurisdicció d'un estat d'asil. Certament no existeix un dret d'entrada en el territori d'estats respecte dels quals l'individu és estranger, però sí un dret d'accés al procediment o un *dret d'accés al Dret* un cop s'està sota la jurisdicció d'un subjecte de dret internacional susceptible de procurar asil. En principi podrien fonamentar aquest *dret*: la regla general de *non-refoulement* inscrita al Conveni de Ginebra de 1951 (sempre que es donessin unes condicions d'aparença de bon dret en el perill de patir persecució o en el risc per a la vida o la llibertat); i, en l'àmbit europeu, algunes disposicions del Conveni europeu per a la protecció dels drets humans i les llibertats fonamentals, especialment l'article tres, tal com ha estat interpretat pels seus òrgans propis de garantia.

b. Els demandants d'asil tenen dret de romandre en el territori durant el procediment de determinació de l'estatus de refugiat i/o de concessió d'asil, i l'estada provisional a títol de demandant d'asil en el territori d'un estat membre de la Unió Europea ha d'adequar-se a determinades condicions. Els demandants d'asil també gaudeixen de garanties comunes i específiques quan es troben en situació de detenció o quan són afectats determinats drets humans.

c. Els demandants d'asil, independentment del reconeixement de l'estatus de refugiat,

tenen garanties contra l'allunyament del territori que es deriven, (a) de la regla de *non-refoulement* expressada a l'article 33 del Conveni de Ginebra de 1951 si existeix un risc real per a la vida o la llibertat de la persona en l'estat de destí; (b) de l'article 3 de la Convenció de Nacions Unides contra la tortura, si hi ha risc real de patir tortura; i (c) d'algunes disposicions del Conveni europeu de drets humans, especialment els articles 2, 3, 8 i 13, si hi ha un risc qualificat de violació dels drets que contenen.

d. Els demandants d'asil tenen, en definitiva, diferents drets d'obtenir protecció en funció de la situació concreta en que es trobin: un *dret* de demanar asil que comporta un dret a l'asil provisional; o un *dret* d'asil en el sentit de dret d'obtenir una protecció territorial durable més o menys formalitzada mentre persisteixi una determinada situació de risc en el país d'origen o altres condicions que justifiquin l'aplicació d'instruments internacionals relatius a drets humans.

El segon *dret* no es derivaria directament de la Convenció de Ginebra de 1951 sinó: bé directament del dret intern dels estats; bé indirectament del dret internacional relatiu a la protecció dels drets humans i les llibertats fonamentals en casos en què igualment existeix un risc greu d'atemptat a la vida, la llibertat o altres drets. La protecció dels drets de les persones en aquest darrer cas s'ha anomenat *asil de facto* per part de la doctrina, i s'articula cada cop més a través dels anomenats *mecanismes de protecció subsidiària* que són en definitiva modalitats d'*asil*.

Partint d'aquestes premisses, la investigació s'adreça a examinar com es configuren el dret d'asil i el dret de cercar asil en l'espai jurídic europeu. Es parteix de la idea que només poden actualitzar-se quan s'ha establert entre el demandant d'asil i un estat membre de la Unió Europea una connexió que posa al primer sota la jurisdicció del segon i s'invoca una *necessitat de protecció*.

10. La Primera Part d'aquest treball es dedica a contextualitzar des del punt de vista dels fets i de les normes la qüestió dels demandants d'asil en els estats membres de la Unió Europea, i a exposar els trets principals del règim jurídic aplicable. La perspectiva d'anàlisi és general tenint en compte l'ampli ventall de temes que es tracten amb l'objectiu de situar la problemàtica específica dels demandants d'asil. En el primer capítol s'expressen i justifiquen les principals opcions terminològiques de les quals es parteix, tenint en compte que l'entorn normatiu està caracteritzat per la mal-leabilitat de les nocions i per la utilització política dels conceptes jurídics. El segon capítol està dedicat a l'examen de la transformació de les migracions internacionals en els darrers anys, i de l'evolució del nombre de demandants d'asil en els estats membres de la Unió Europea. Aquest examen es recolza en el recull de dades que figura com a annex del treball.

La resta de capítols d'aquesta primera part es dediquen a l'examen dels diferents elements que condicionen en la comunitat internacional actual la gestió de les migracions forçoses en general i de les demandes d'asil en particular: la preservació d'una determinada concepció de la seguretat interna i internacional; la configuració d'un ordre públic internacional i europeu de la protecció dels drets humans i les llibertats fonamentals;

l'aplicabilitat del règim de responsabilitat internacional dels estats respecte de situacions en què hi ha persones que passen a trobar-se en una relació directa amb la comunitat internacional; i les aproximacions filosòfiques a la comprensió de la figura del demandant d'asil en una comunitat *nacional* europea o *demos* europeu en construcció que condicionen o determinen les polítiques d'asil a Europa.

Per a la realització d'aquesta primera part s'ha emprat una metodologia jurídica que combina l'anàlisi i la sistematització dels principals instruments, principis, normes i procediments internacionals, i de la doctrina dels autors. Aquesta metodologia s'ha nodrit de conceptes i teories desenvolupades en l'àmbit del coneixement de la filosofia política, que s'han utilitzat per comprendre la posició del demandant d'asil en les societats europees per un costat, i per fer algunes propostes de revisió del règim jurídic internacional aplicable al fenomen de les migracions forçoses, en el Capítol V.

11. La Segona Part del treball es dedica a la reconstrucció del contingut normatiu del *dret d'asil* de l'individu entès com un dret *de* demanar asil i no un dret *a* l'asil; tot i que com es veurà en el desenvolupament d'aquesta qüestió, quan la persona es troba en determinades circumstàncies, la diferència entre ambdós tendeix a esvair-se en un sentit determinat. El dret de demanar asil s'examina en les diferents circumstàncies en què els demandants d'asil poden trobar-se respecte d'estats d'acollida, i es plantegen quines connexions es poden establir entre uns i altres tot partint del principi bàsic del *non-refoulement*. Per fer-ho s'ha aplicat un mètode d'anàlisi que primer parteix del dret internacional general consuetudinari i convencional (Convenció de Ginebra de 1951, Pacte de drets civils i polítics i Convenció contra la tortura, principalment), continua amb l'examen del dret europeu aplicable directament o indirecta a l'estatut jurídic dels demandants d'asil en l'espai jurídic europeu (Dret de la Unió i Conveni europeu per a la protecció dels drets humans i de les llibertats fonamentals), i finalitza, en el Capítol X, amb un examen de dret comparat dels règims interns d'alguns estats europeus amb trajectòries significatives o singulars, centrat en l'anàlisi de les principals normes i de la seva interpretació per part dels òrgans jurisdiccionals superiors o constitucionals. No es pretén fer una anàlisi completa ni exhaustiva dels règims interns d'asil en els estats membres, ni tant sols en aquells que es tracten, sinó establir una panoràmica de quines previsions normatives internes existeixen principalment sobre el dret de demanar asil, com es recull aquest dret d'una forma o altre a tots els nivells (internacional, europeu i estatal), i de quina o quines maneres s'actualitza per part de les autoritats estatals.

Amb aquesta metodologia jurídica s'ha pretès anar més enllà d'una simple descripció de la normativa internacional, europea o nacional dels estats membres, o d'una proposta de *lege ferenda* basada en consideracions purament humanitàries o únicament instrumentals. La idea principal que ha presidit la realització d'aquesta part del treball ha estat la d'arribar a establir quin era el contingut real actual del dret de demanar asil en l'espai jurídic europeu, tot provant d'analitzar críticament, tant el Dret de la Unió des de la perspectiva del dret internacional, com el Dret dels estats des de la perspectiva dels estàndards

europaus i internacionals; així com també les interaccions que poden produir-se, sobretot, entre el Dret europeu i els Drets dels estats.

12. La Tercera Part es dedica a examinar els drets subjectius i de procediment de les persones que exerceixen el dret de demanar asil en un estat membre de la Unió Europea: el dret a unes condicions mínimes d'acollida; el dret d'accedir i beneficiar d'un procediment d'asil (per a la seva formalització o per al seu acabament) eficaç; els drets subjectius i procedimentals en cas de detenció; i el dret dels demandants d'asil de no ser allunyats quan es donen determinades circumstàncies.

Per a l'anàlisi d'aquestes qüestions, s'examinen en els capítols XI a XIV d'aquesta Part els principals instruments internacionals que directament o indirecta incideixen en l'estatut jurídic dels demandants d'asil, així com també els principals textos no obligatoris, com directrius, conclusions o recomanacions de l'ACNUR i altres institucions internacionals que contribueixen a conformar els principals estàndards internacionals en cada matèria. Aquests estàndards es confronten als elements més controvertits de les legislacions i procediments interns d'alguns dels estats membres de la Unió Europea, sense fer d'aquests una anàlisi exhaustiva, sinó destacant els elements que en alguns d'ells han originat vives discussions o que han encapçalat estratègies polítiques internes en matèria migratòria. Finalment, també s'examinen i es confronten als estàndards internacionals les normes de Dret comunitari europeu que s'han anat adoptant en els marcs dels programes de Tampere i de La Haia i que tenen incidència en els drets i les garanties dels demandants d'asil. Per la seva especificitat, les garanties procedimentals en cas de detenció dels demandants d'asil s'han tractat en capítol a part (XIV), després d'examinar el dret subjectiu a la llibertat personal d'aquestes persones, en la seva situació específica (XIII).

En el darrer capítol d'aquesta part (XV) s'examina l'abast del dret dels demandants d'asil de no ser allunyats de l'espai jurisdiccional format pels estats membres de la Unió Europea. Aquest dret limita el dret general dels estats d'expulsar les persones estrangeres del seu territori. Per fer-ho s'han examinat les doctrines del Comitè de Drets humans, del Comitè contra la tortura de les Nacions Unides, i de la Comissió i el Tribunal europeu de drets humans del Consell d'Europa, en relació a les disposicions dels instruments internacionals pertinents per a la configuració d'aquest dret de no ser expulsat, principalment en casos que es referien a demandants d'asil. Malgrat això, a vegades s'ha optat per incloure en l'anàlisi altres casos en què la víctima no era demandant d'asil en sentit estricte, si això era necessari per donar compte coherentment de la doctrina dels òrgans de garantia. Degut al més ample abast de la protecció que proporciona el sistema de garantia europeu, el desenvolupament és major en aquest cas que en els altres dos.

13. En un context caracteritzat per una certa *fatiga d'asil*, com expressa l'ACNUR en una de les seves darreres *Notes* de protecció internacional⁶, aquest treball pretén defensar

⁶ Ex COM ACNUR, *Note on international protection*, A/AC.96/1008, 4 de juliol de 2005, *RSQ*, vol. 25, núm. 1, 2006, pàg. 116.

que tant el refugi com l'asil tenen encara avui dia un interès viu per a les persones que necessiten protecció, malgrat que en el context internacional i intern dels estats es tendeixi cada cop més a devaluar el seu propòsit d'arrel humanitaria. La funció d'asil és en aquest sentit una funció d'estat (en forma d'estat sobirà o potser en el futur en forma d'institució competent de base territorial) que troba recolzament jurídic en la comunitat internacional actual.

PRIMERA PART

EL CONTEXT NORMATIU I FÀCTIC DE LA DETERMINACIÓ D'UN ESTATUT JURÍDIC DELS DEMANDANTS D'ASIL. PERSPECTIVES PER A L'ANÀLISI I ESTAT DE LA QÜESTIÓ

14. El règim del *Dret de l'asil*¹ entès com a Dret objectiu i del Dret sobre el refugi actualment aplicable a Europa és, sense gaires variacions, el règim que va ser instaurat per tractar la problemàtica de les migracions involuntàries de l'època immediatament posterior a l'acabament de la segona Guerra Mundial. Aquestes migracions es caracteritzaven essencialment pel seu caràcter marcadament polític (sovint eren l'expressió d'una dissidència) i també pel fet de la seva dimensió individual. Ni les definicions dels àmbits subjectius d'aplicació d'aquests règims, ni el seu contingut s'adeqüen ja a una realitat que ha canviat com a conseqüència de l'aparició de certs fenòmens migratoris de caràcter col·lectiu, i que es deriven de problemàtiques globals noves. Des que en els anys cinquanta es van formular les definicions de les nocions d'*asil*² i *refugi* que perduren actualment, tant en dret internacional com en els drets interns³, els canvis en la realitat a la que s'apliquen fan que es plantegi la conveniència o no de revisar-los així com també la resposta internacional a uns fenòmens que ja només troben solució de forma tangencial en el Dret de l'asil i del refugi creats a partir d'aquestes nocions.

¹ La utilització de l'expressió *dret de l'asil* es justifica per quant es fa referència al dret objectiu relatiu a l'asil, i per tal de diferenciar aquesta noció dels altres significats que es poden atribuir a l'expressió més emprada -també més ambigua i confusa- de *dret d'asil*. En aquest sentit, Denis Alland, "Le dispositif international du droit de l'asile. Rapport général", Société Française pour le Droit International, *Colloque de Caen. Droit d'asile et des réfugiés*, Paris: Éditions A. Pédone, 1997, pàgs. 15-17, que considera més avantatjosa l'expressió *dret de l'asil* pel fet que permetria englobar les qüestions d'accés i estada de les persones que no cauen dins del cercle de refugiats *strictu sensu*, i també qüestions relatives a l'estatut de refugiats.

² Una de les definicions d'asil més estesa és la que es conté en una Resolució de l'Institut de Dret Internacional adoptada a la sessió de Bath de 1950, segons la qual, (1)*e terme "asile" désigne la protection qu'un État accorde sur son territoire ou dans un autre endroit relevant de certains de ses organes à un individu qui est venu la rechercher*. IDI, *Annuaire de l'Institut de Droit International*, sessió de Bath de setembre de 1950, vol. 43, tom II, pàg. 243.

³ En el context europeu, és la definició de *refugiat* de la Convenció de Ginebra la que s'aplica. La Convenció de Ginebra de 1951 *sobre l'estatut dels refugiats* diu que el terme *refugiat* s'aplicarà a persones que ja haguessin estat considerades refugiades segons arranjaments anteriors, i a tota persona que *degut a fonamentats temors de ser perseguida per motius de raça, religió, nacionalitat, pertinença a determinat grup social o opinions polítiques es trobi fora del país de la seva nacionalitat i no pugui o, a causa d'aquests temors, no vulgui acollir-se a la protecció d'aquest país*. Convenció *sobre l'estatut dels refugiats*, fet a Ginebra el 28 de juliol de 1951, i Protocol *sobre l'estatut dels refugiats*, fet a Nova York, el 31 de gener de 1967 (aquest darrer elimina algunes restriccions a l'aplicació subjectiva d'aquest estatut que es contenen en el Conveni). El instrument d'adhesió d'Espanya a la Convenció i al Protocol és de 22 de juliol de 1978, *BOE* de 21 d'octubre de 1978, núm. 252, pàgs. 24310-24328.

15. Des de fa uns anys, les migracions no voluntàries que arriben a les fronteres d'Europa són percebudes com a migracions *massives* i, en general, els estats reaccionen considerant aquests fluxos migratoris com una amenaça a la seguretat internacional i interna⁴. Aquesta orientació de les accions dels estats ha tingut efectes negatius en la protecció a la que eventualment poden acollir-se els demandants d'asil, i en l'aplicació concreta de les normatives internacionals i internes sobre *refugi* i asil.

Les característiques de les migracions forçoses dels darrers anys i els fluxos de persones que de forma general s'anomenen *refugiats*, han comportat una saturació de les capacitats operatives d'institucions internacionals com l'ACNUR i l'evocació de conceptes com el *manteniment de la pau i la seguretat* en el pla internacional. L'adopció de la perspectiva del manteniment de la *seguretat* per aproximar-se a aquestes situacions ha estat bàsica per justificar noves tendències respecte de les conseqüències pràctiques d'aquest concepte, quan l'amenaça prové d'esdeveniments que comporten importants fluxos de refugiats. Hi ha diferents aspectes dels nous fenòmens de migracions forçoses que apel·len aquesta noció, el quals, en general, han estat explicitats a *Una agenda per a la pau* del Secretari General de les Nacions Unides de 1992, i el seu suplement de 1995⁵.

16. El recurs al concepte de seguretat per referir-se a aquests fluxos migratoris, però, també ha estat utilitzat en l'àmbit intern dels estats. Des de la perspectiva de la seva *seguretat* interior, els estats més desenvolupats i, entre ells, la majoria dels estats europeus consideren les migracions com a causes de desordre i d'augment de la criminalitat i, en base a això, apliquen mesures restrictives sobre els règims d'estrangeria en general i d'asil en particular. La justificació d'aquestes mesures s'ha basat també en l'argument que un augment important de la immigració i, així, també de l'heterogeneïtat de la població, s'hauria derivat, en part, de l'*abús* dels procediments d'asil de dret intern. Aquest argument, per exemple, va ser un dels motius per que alguns estats europeus possessin en funcionament fórmules de cooperació i de coordinació d'alguns aspectes de les seves polítiques relatives a l'asil amb els Acords de Schengen i Dublín de 1990, i per que s'hagin incorporat aspectes importants de l'asil i la immigració dins del marc d'acció de la Unió Europea.

Amb tot, el concepte de *seguretat*, en el pla internacional, que principalment feia referència a la seguretat dels estats, s'està desplaçant progressivament en favor d'una noció que té en compte aspectes relatius a la seguretat de les persones, la seva

⁴ Pirkko Kourula, *Broadening the Edges. Refugee Definition and International Protection Revisited*, The Hague, Boston, Londres: Martinus Nijhoff Publishers, 1997, pàg. XIII. Aquest autor planteja com aquest moviments migratoris han estat vistos i definits com *a flow, a wave, a stream, a torrent, an influx, a trickle... (o) vessels on the open seas sailing without a flag* [essent aquesta última definició de Paul Weis, "The international protection of refugees", *AJIL*, vol. 48, núm. 2, 1954, pàg. 193].

⁵ *Agenda for Peace A/47/277 S/24111*, 17 juny 1992. *Supplement to An agenda for Peace A/50/60 S/1995/1*, 3 de gener de 1995.

inviolabilitat física i que abasta aspectes socials i econòmics. Per això, l'eventual desenvolupament d'un nou tipus d'intervenció humanitària en funció d'aquesta noció comportaria una acció no només en cas de violació greu sistemàtica o generalitzada de drets humans, sinó també en cas de moviments de refugiats de dimensió transnacional, així com una redefinició de conceptes com sobirania, integritat territorial i independència política dels estats i les seves conseqüències⁶.

17. Les causes dels nous fenòmens de migracions forçoses tenen molt a veure, a diferència dels fluxos de refugiats posteriors a la segona Guerra mundial, amb el context polític, social i econòmic dels estats d'origen dels immigrants, caracteritzats per subdesenvolupament, absència de formes democràtiques de govern i violacions generalitzades de drets humans. Sovint, aquestes situacions provoquen migracions forçoses d'abast col·lectiu que plantegen una problemàtica molt més amplia i global que la que abasta el concepte de *persecució* de la Convenció de Ginebra de 1951 *sobre l'estatut dels refugiats*.

En el pla intern, aquestes migracions són percebudes per part dels estats desenvolupats com una amenaça a la seva organització social i política, i això fa que en el seu tractament siguin privilegiats els aspectes relatius a la seguretat i de política interna. Això contribueix a que es produeixi una confusió entre les figures de *refugiat* i *immigrant* i, a partir d'aquest fet, es posin en relleu les mancances de la normativa internacional aplicable als refugiats i demandants d'asil⁷. Es planteja la caducitat d'un règim que parteix d'un concepte individual de refugiat, i d'una perspectiva que posa l'accent en les causes de la fugida de les persones dels seus països d'origen, més que en les conseqüències que es deriven d'una situació de desestabilització generalitzada, com el risc de violació dels drets humans bàsics, i la desaparició de les condicions mínimes que possibiliten la pròpia existència, generadores totes elles d'una veritable *necessitat de protecció*. És llavors quan es presenta el problema de definir o concretar l'abast i fins i tot l'existència d'un dret de rebre protecció fora dels casos d'aplicació estricta del principi de *non refoulement*, i també la qüestió d'una eventual responsabilitat dels estats pel que fa tant a les causes com a les conseqüències de la situació de precarietat i desestabilització.

18. El dispositiu internacional actualment aplicable a les situacions de migracions forçoses revela una incapacitat manifesta d'adaptació a les noves situacions i, progressivament, ha anat deixant de ser una resposta internacional apta per resoldre el problema que plantegen, tant en relació a les persones que fugen dels estats de la seva

⁶ Aquestes qüestions s'analitzen a Pirkko Kourula, *Broadening the Edges. Refugee Definition and International Protection Revisited*, op. cit., pàgs. 6-12.

⁷ La necessitat de preservar la diferència entre refugiats i migrants és defensada, per exemple, per Erika Feller, "Refugees are not Migrants", *RSQ*, vol. 24, núm. 4, 2005, pàgs. 27-35.

nacionalitat, com en relació als problemes que comporten en els estats de rebuda⁸. El règim internacional sobre els refugiats va néixer a mitjans del segle XX com un sistema *reactiu*, que s'activava a partir del traspàs de les fronteres de l'estat de rebuda per part del beneficiari de la protecció i que acabava amb el repatriament, i que, per tant, regia en una situació en què la persona que reclamava protecció es trobava fora de l'àmbit de la *sobirania* de l'estat d'origen⁹. Un règim d'aquestes característiques no és suficient per abastar tots els problemes de persones mancades de protecció dins i fora dels seus estats d'origen, com les *persones desplaçades*, i tampoc respon a les necessitats d'uns fenòmens migratoris que es caracteritzen per ser fenòmens massius, fruit d'esclats de violència generalitzada, que posen problemes de protecció immediata i que es produeixen, essencialment, en les regions menys desenvolupades del món¹⁰.

19. Per al desenvolupament d'aquests aspectes s'ha cregut oportú dedicar un primer capítol a l'aclariment de qüestions relatives al sentit amb què s'utilitzen alguns mots i expressions que habitualment són susceptibles de crear confusions, i a la definició del marc normatiu del qual es parteix. El segon capítol es dedica a descriure sumàriament les qüestions de fet relatives a les transformacions dels fluxos migratoris forçosos dels darrers anys en els estats europeus. En els capítols tercer i quart s'analitzen el binomi discursiu de la seguretat i els drets humans i els problemes conceptuals que se'n deriven; i qüestions relatives a l'accés a l'asil des de la perspectiva de la responsabilitat dels estats d'origen i de rebuda de refugiats, respectivament. En el capítol cinquè, s'esbossen algunes perspectives per a la revisió del règim jurídic internacional aplicable a les migracions forçoses, partint de l'anàlisi d'algunes de les línies de pensament més rellevants respecte de les qüestions que suscita en les societats modernes la migració forçosa internacional.

⁸ La *crisi d'autoritat* del dret internacional del refugi com a conseqüència del fracàs en l'adaptació a les noves situacions i, concretament, a les preocupacions raonables dels estats als quals arriben els refugiats, ha estat posada en relleu per James C. Hathaway, "Can International Refugee law be made relevant again?", James C. Hathaway (ed.), *Reconceiving international Refugee Law*, The Hague...: Martinus Nijhoff Publishers, 1997, pàgs. XVII-XVIII.

⁹ Denis Alland, "Le dispositif international du droit de l'asile. Rapport général", *loc. cit.*, pàgs. 78-79.

¹⁰ Kourula posa en relleu que la situació actual planteja tant si la definició de refugiats de la Convenció de Ginebra és adequada per respondre a realitats actuals, com si hi ha *llacunes* en la provisió de protecció internacional als refugiats. Pirkko Kourula, *Broadening the Edges. Refugee Definition and International Protection Revisited*, *op. cit.*, pàg. XV.

CAPÍTOL I SOBRE LA NATURALESA DE L'ASIL I LA SEVA REGULACIÓ INTERNACIONAL I INTERNA

A. DRET D'ASIL I ESTATUT DE REFUGIAT, CONCEPTES MAL·LEABLES?

20. El mot *asil*¹¹ significa un espai, un lloc on hom està segur¹². Per tant, i tal com ha dit per la Cort Internacional de justícia, *tot atorgament d'asil engendra, i per conseqüent implica, lògicament, un estat de protecció*¹³. En el llenguatge del dret internacional públic, es diu que aquest terme suposa la protecció que un individu rep d'un estat, davant les persecucions de les que pugui ser objecte per part d'un altre estat¹⁴.

Les qüestions principals que es plantegen entorn de la naturalesa de l'*asil* són, per un costat, la definició de l'expressió *dret d'asil*, a bastament utilitzada per fer referència a un estat de protecció de persones estrangeres en un context de relacions interestatals i, per un altre costat, la diferència entre les nocions d'*asil* i *refugi*.

¹¹ El mot *asil* prové etimològicament de la paraula llatina *asylum*, que vol dir lloc de refugi inviolable, que a la vegada té el seu origen en la paraula grega *ασυλος*, que significa "aquell que no pot ser pres". Ambdues expressen un contingut de *protecció* per a una persona. Sobre els orígens atribuïts al mot *asil*, Manuel Adolfo Vieira, *Derecho de asilo diplomático (Asilo Político)*, Montevideo: Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República. Editorial Martín Bianchi Altuna, 1961, pàgs. 17-18.

¹² Alexandre Charles Kiss, "Asile (droit d'-)", Ph. Francescakis (dir.), *Encyclopédie Juridique. Répertoire de droit international*, Paris: Dalloz, tom I, 1968, pàg. 167. En aquest sentit, Denis Alland, "Le dispositif international du droit de l'asile. Rapport général", *loc. cit.*, pàgs. 15-16, segons aquest autor, allò que fa que un espai pugui oferir asil prové de l'exclusivitat de la competència que hi exerceix un subjecte i que obstaculitza l'acció d'un altre subjecte sobre un o més individus; quan es tracta d'asil internacional aquests subjectes són els estats d'origen i d'acollida, i la competència exclusiva és la que s'exerceix per raó del territori (*competència territorial*). En la tradició antiga, l'asil apareixia com a un dret lligat a la inviolabilitat d'un lloc, un territori o una construcció, és a dir, a l'exclusió física de persones d'un espai determinat. La *protecció* resultava de la situació de fet d'accedir a aquests espais, i no d'una qualificació prèvia de la persona. En el moment del seu ressorgiment, vers el segle IV^{ant}, l'asil era considerat com un principi religiós superior al dret positiu, un *dret d'essència divina* nascut d'un ús popular i enfortit pel fervor religiós creixent d'un poble que s'oposava a les exigències noves de l'estat en matèria fiscal, de justícia penal i altres, i l'església l'acceptava i promovia. Una constitució de l'any 419 va millorar les condicions d'aplicació del costum de l'asil, estenent la inviolabilitat de les esglésies fins a cinquanta passos a partir de les portes de la basílica, que abans es circumscrivia a l'interior del temple, i una constitució del 431, a la part oriental, no contenia cap restricció ni respecte de la condició social de les persones, ni pel que fa al tipus d'infraccions comeses (les dues varen ser incorporades al codi Teodosià, publicat a occident l'any 438). Anne Ducloux, *Ad ecclesiam confugere. Naissance du droit d'asile dans les églises (IV^e-milieu du V^e s.)*, Paris: De Boccard, 1994, pàgs. 253-259.

¹³ Sentència de la Cort Internacional de Justícia de 20 de novembre de 1950, en l'*afer del dret d'asil (Colòmbia/Perú)*, on es diu que *Tout octroi d'asile engendre, et, par conséquent, implique logiquement un état de protection*. CIJ Rec. 1950, pàg. 281.

¹⁴ Alexandre Charles Kiss, "Asile (droit d'-)", *loc. cit.*, pàg. 167.

1. Significat de la noció *dret d'asil*

21. Pel que fa a la primera de les qüestions, un dels principals elements d'ambigüitat entorn de la noció *asil* resulta del fet que sovint es parli de *dret d'asil* com a un dret humà, cosa que intuïtivament fa pensar que l'obtenció d'alguna forma de protecció territorial podria estar configurada, de forma general, com a un dret subjectiu del qual en seria titular l'individu¹⁵. Això comportaria considerar els éssers humans com a subjectes titulars de drets en Dret internacional, identificar el contingut i l'abast d'aquesta subjectivitat i, també, inferir l'obligació d'asilar d'un altre subjecte, *a priori*, l'estat. L'expressió *dret d'asil*, no obstant, actualment resulta ser més una de les paradoxes del llenguatge de la modernitat que no pas té una significació pràctica concreta com a dret subjectiu dels individus. Amb l'època moderna els individus van ser despulats de caràcters, definits al marge de la seva sociabilitat natural, i revestits de *drets* de tipus individual que, en principi, havien d'assegurar la seva igualtat com a *ciutadans*. La innovació del discurs jurídic amb la *llengua dels drets* va oferir un nou model de relació entre els homes i una nova forma d'explicar les relacions entre aquests i la seva organització social i política¹⁶. L'estatut de les persones estrangeres es va definir a imatge de l'estatut dels ciutadans nacionals, és a dir, en funció de la categoria de *drets*. Per això, també es va construir a partir d'aquesta categoria l'únic institut específic que per definició només podia beneficiar els estrangers: el *dret d'asil*.

Aquest *dret*, com que en les normatives internacionals no es correspon amb cap deure o obligació de cap subjecte estatal o *supraestatal*¹⁷, esdevé únicament una pretensió, expectativa o interès d'individus que es troben en determinades circumstàncies que, en tot cas, serà satisfet o no en virtut de potestats gairebé enterament discrecionals dels estats. En el *dret d'asil* ha repercutit també la devaluació generalitzada del contingut dels *drets* humans com a drets subjectius motivada per les onades pretesament generalitzadores de la protecció dels drets humans que, en realitat, únicament han aconseguit una universalització sobre el paper.

22. Des d'un punt de vista estricte, parlar d'*asil* és parlar d'una prerrogativa dels estats, d'un atribut de la sobirania estatal que s'expressa en la competència sobre el

¹⁵ Tot i que no han faltat veus reclamant que un dret d'asil de l'individu arribi a formar part del catàleg de drets humans i, fins i tot, que sigui objecte de tutela *directa* per part de Nacions Unides o una altra i organització internacional; per exemple, Mario Miele, "La protezione internazionale diretta del diritto di asilo politico dell'individuo", *Estudios de Derecho Internacional. Homenaje a Don Antonio de Luna*, Madrid: CSIC, Instituto Francisco de Vitoria, 1968, pàgs. 363-371.

¹⁶ Eduardo García de Enterría, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho público europeo tras la revolución francesa*, Madrid: Alianza Universidad, 1994, pàg. 37.

¹⁷ Doctrinalment sí que s'ha defensat l'existència d'un dret d'asil de les persones que són perseguides per motius polítics i que fugen de la persecució, limitat per la seguretat pública i la capacitat econòmica de l'estat; Hersch Lauterpacht, *International Law and Human Rights*, Hamden CT (USA): Archon Books, 1968, pàgs. 345-346.

territori¹⁸. Aquest dret de l'estat d'acordar asil avalat pel dret internacional ha d'estar circumscrit a l'ordre intern per l'Estat de Dret¹⁹ i, per això, en tot cas, un dret subjectiu d'asil només es derivarà, en principi, bé del seu reconeixement en el dret constitucional de l'estat, bé de disposicions nacionals que regulin la protecció dels demandants d'asil.

Una altra cosa és que avui ja no es pugui parlar del concepte *sobirania* com un concepte absolut o gairebé, i que aquest hagi de ser redefinit a partir del que s'ha anomenat *posició subjectiva* dels individus en dret internacional públic, de la consideració que existirien límits a les potestats de l'estat, relatius a la seva discrecionalitat tant sobre l'admissió en el territori per part de persones estrangeres, com sobre l'expulsió o refús d'aquestes, així com per tots aquells altres fenòmens que avui dia es vinculen a l'anomenada *globalització*.

2. Asil i refugi, formes diferents de protecció

23. Pel que fa a la segona qüestió, sobre la delimitació del concepte *asil* en relació a *refugi*, com Denis Alland ha expressat amb molt encert, en realitat *l'asil és un espai, el refugiat una persona*²⁰. El *refugi* és un estatut de caràcter internacional derivat d'un instrument jurídic convencional, que configura una protecció jurídica a persones que es troben en una situació especial de vulnerabilitat i mancades de la protecció que, en condicions normals, dona l'estat de la nacionalitat. És en tot cas la concessió d'*asil* allò que habilita una persona estrangera en una situació d'aquest tipus a romandre legalment de forma duradora o temporal en el territori de l'estat que el concedeix, acumulativament o alternativa amb el reconeixement de l'estatut de refugiat.

En el context europeu, l'instrument jurídic convencional de referència sobre l'estatut de refugiat és la Convenció de Ginebra de 1951, tal com va ser modificada pel Protocol addicional de 1967. L'estatut de *refugiat* és (i ha de ser) *reconegut*²¹ per les

¹⁸ El dret d'atorgar asil en el seu territori, implica per a l'estat *només l'exercici normal de la sobirania territorial*. Sentència de la Cort Internacional de Justícia de 20 de novembre de 1950, en l'*afer del dret d'asil (Colòmbia/Perú)*, *loc. cit.*, pàg 274.

¹⁹ Això, en part, restringeix la discrecionalitat de l'exercici del poder de l'estat i fa que es garanteixi *com a dret humà*. Hugo Chumbita Zaldarriaga, "Asilo en España: Del derecho del Estado al Estado de Derecho", *Sistema. Revista de Ciencias Sociales*, vol. 11, 1982, pàg. 78.

²⁰ Denis Alland, "Le dispositif international du droit de l'asile. Rapport général", *loc. cit.*, pàg.15.

²¹ En principi, el *reconeixement* de l'estatut de refugiat no és constitutiu de l'estatut sinó *declaratiu*, i en canvi la *concessió* o *atorgament* d'asil sí seria constitutiu d'aquest últim. Sobre que la decisió sobre l'*el·ligibilitat* del candidat refugiat té un caràcter declaratiu, Paul Weis, "Le concept de réfugié en droit international", *JDI*, tom 87, núm. 4, 1960, pàgs. 945-947. Alguns autors han considerat que la *qualitat* de refugiat seria un estatut inherent a la persona, mentre que la condició d'asilat seria un *plus* a la condició d'estranger, Fernando Mariño Menéndez, "El concepto de refugiado en un contexto de Derecho internacional general", *REDI*, vol. XXXV, núm. 2, 1983, pàg. 368. L'ACNUR també ha considerat que l'estatut de refugiat reconeix la persona com a tal, ACNUR, *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié* [HCR/1P/4/FRE/REV.1], Genève: ACNUR, 1992, §28.

autoritats dels estat que en són parts i no comporta per ell mateix un dret durable d'estada en el territori²². La definició de la Convenció de Ginebra i del Protocol de 1967 configuren un concepte internacional de refugiat d'aplicació universal que s'ha anat consolidant per la pràctica dels estats, i que continua sent útil com a eix de la protecció de les persones que cauen dins de la definició. La multiplicació de fenòmens de migracions massives i l'especificitat, en general, dels fluxos de refugiats més recents ha fet, no obstant, que s'hagin ampliat les formes de protecció, bé aplicant un concepte de refugiat més ampli basat en instruments regionals addicionals²³; bé establint formes complementàries de protecció per als casos que excedeixen les possibilitats d'aplicació efectiva immediata de la Convenció; o bé a través de sistemes de protecció dels drets humans que configuren un ordre públic específic, com en el cas europeu.

24. L'*asil* i el *refugi* són conceptes diferents i funcionen a través de mecanismes en principi autònoms però, com que en definitiva, el refugiat cerca un lloc segur per estar-s'hi i no haver de tornar al territori de l'estat on tem patir persecució, són formes de protecció que estan estretament relacionades.

Tenint en compte això, i també amb l'objectiu d'impedir els moviments secundaris de refugiats, en el marc de la Unió Europea es va iniciar un procés d'harmonització de les normatives dels estats en matèria d'asil que partia de la idea que les persones que veien reconeguda la seva condició de refugiat en un estat europeu tenien per aquest motiu concedit asil en el mateix. Aquesta *confusió* dels dos conceptes es va produir, primer, en el Conveni de Dublín²⁴ i en el Conveni d'aplicació de Schengen de 1990, i, després, amb el Tractat d'Amsterdam, es va traslladar a les primeres propostes normatives d'harmonització dels règims d'asil dels estats membres. En els drets interns

²² Sobre el contingut de l'estatut de refugiat, per exemple, Paul Weis, "Le Statut international des Réfugiés et Apatrides", *JDI*, 1956, núm. 1, pàgs. 4-71; R. Sarraute, P. Tager, "Le nouveau statut international des réfugiés", *RCDIPr*, 1953, núm.2, pàgs. 245-287; Diego López Garrido, *El derecho de asilo*, Madrid: Trotta, 1991, pàgs. 47-126.

²³ L'opció més clara en aquest sentit es fa a la *Convention de l'OUA régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique*, signada a Addis-Abéba el 10 de setembre de 1969, i en vigor des del 20 de juny de 1974, a l'article 1, on, després de reprendre la definició de refugiat de la Convenció de Ginebra es diu, al paràgraf 2, que (1)*e terme «réfugié» s'applique également à toute personne qui, du fait d'une agression, d'une occupation étrangère, d'une domination étrangère ou d'événements troublant gravement l'ordre public dans une partie ou dans la totalité de son pays d'origine ou du pays dont elle a la nationalité, est obligée de quitter sa résidence habituelle pour chercher refuge dans un autre endroit à l'extérieur de son pays d'origine ou du pays dont elle a la nationalité . Recueil de traités et autres textes de droit international concernant les réfugiés et les personnes déplacées, vol.II, Traités et textes juridiques à caractère universel*, Ginebra: Division de la protection internationale de l'Office de l'Haut Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés, 1997, I, pàg. 6.

²⁴ El Conveni de Dublín establia a l'article 1§1 b) que s'entenia per sol·licitud d'asil 8(u)*na solicitud mediante la cual un extranjero pide a un Estado miembro la protección de la Convención de Ginebra, invocando la condición de refugiado con arreglo al artículo 1 de la convención de Ginebra, modificada por el Protocolo de Nueva York*. Aquest fet va comportar que els estats europeus que preveïen règims d'asil que podien beneficiar a un nombre més gran de persones que les definides com a refugiats al Conveni de Ginebra anessin modificant les seves legislacions, en una espècie de *raise to the bottom*, per adequar-les a l'estàndard europeu i evitar ser llocs de destí preferent dels demandants d'asil.

dels estats, les modificacions de les normatives sobre asil que es van anar produint des dels anys noranta van anar establint vincles entre els dos conceptes de forma que cada cop era més difícil desllindar-los en la seva aplicació pràctica²⁵.

Amb tot, tenint en compte que la Convenció de Ginebra de 1951 va establir un règim per a la protecció dels refugiats que ha estat àmpliament acceptat per la Comunitat internacional, i que, actualment, aspectes d'aquest són part del dret internacional general, és oportú seguir considerant *refugiats* només aquells que defineix l'article 1 de l'esmentat Conveni, modificat l'any 1967 pel Protocol de Nova York, hagin o no estat reconeguts per les autoritats pertinents i els hagi o no estat concedit asil. La qualitat de refugiat obliga els estats a aplicar el principi de *non-refoulement*, que no implica necessàriament una concessió d'asil durable. La confusió entre les dues figures de protecció, encara que comporta la creació d'un dret subjectiu dels refugiats a l'asil, té el risc de devaluar l'estatut internacional de refugiat en favor de la concessió d'asil que, en definitiva, és discrecional dels estats.

La correlació immediata entre refugi i asil va desaparèixer en la darrera proposta modificada de directiva *per la que s'estableixen normes mínimes sobre els requisits i l'estatut al que poden optar ciutadans de tercers països i persones apàtrides per ser refugiats o beneficiaris d'altres tipus de protecció internacional*, de 30 de març de 2004²⁶. En part seguint el parer exposat per l'ACNUR en unes *Observacions* a la primera proposta de directiva presentada per la Comissió l'any 2001, en la directiva 2004/83/CE finalment adoptada el 29 d'abril es modifica en l'apartat de "Definicions" de l'article 2 el significat que s'atorga a l'expressió "estatut de refugiat", i s'estableix que *vol dir el reconeixement per part d'un estat membre d'un nacional d'un estat tercer o d'un apàtrida com a refugiat* en el sentit de la Convenció de Ginebra²⁷. S'elimina, per tant, el vincle entre estatut de refugiat i asil, i també la distinció entre *sol·licitud d'asil*, entesa com a petició de protecció feta per un refugiat, i *sol·licitud de protecció subsidiària* com a petició de protecció per part d'algú que no pot ser considerat refugiat en el sentit de la Convenció de Ginebra²⁸.

²⁵ Jean Fougerouse, Roland Ricci, "Le contentieux de la reconnaissance du statut de réfugié devant la Commission des Recours des Réfugiés", *RDP*, núm. 1, 1998, pàgs. 181-182. Per exemple a Espanya, la Llei 9/1994 de 19 de maig, *de modificació de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado*, *BOE* núm. 122, de 23 de maig de 1994, pàgs. 15796-15800, estableix en el seu article segon que el *dret d'asil*, que comporta *autorització de residència a Espanya*, és la protecció que es concedeix als estrangers a qui es reconeix la condició de refugiat.

²⁶ C^{II} UE, *Proposal for a Council Directive on minimum standards for the qualification and status of third country nationals and stateless persons as refugees or as persons who otherwise need international protection*, Interinstitutional File 2001/0207 (CNS), doc. 7944/04, Brussel·les, 31 de març de 2004.

²⁷ *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 304/12-23.

²⁸ C^{ss}CE, *Propuesta 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*

Aquesta clarificació conceptual, no obstant, s'ha fet al preu d'augmentar el marge de maniobra dels estats a l'hora de concedir asil, ja que en la regulació dels permisos de residència, mentre a la proposta de 2001 es deia que els estats lliurarien permisos de residència als refugiats i als beneficiaris de protecció subsidiària (vàlids com a mínim per 5 i 1 anys, respectivament) *tant bon punt* els haguessin concedit un o altre estatut, a la directiva es diu que els estats lliuraran els permisos de residència (vàlids, aquest cop, per 3 i 1 anys, respectivament) *tant aviat com sigui possible* després que l'estatut hagi estat concedit²⁹.

3. Les nocions de *protecció internacional* i de *demandant d'asil*

25. La directiva 2004/83/CE, no obstant la clarificació conceptual, manté un altre element pertorbador, també criticat per l'ACNUR, que consisteix en entendre que una "sol·licitud de protecció internacional" és una petició de protecció feta a un estat membre per un nacional d'un tercer estat o un apàtrida que es pot entendre que cerca l'estatut de refugiat o l'estatut de protecció subsidiària. S'utilitza protecció *internacional* en el sentit de protecció que dóna un estat bé a través de l'estatut de refugiat, bé en forma de *protecció subsidiària*, quan *des de la perspectiva del dret internacional, la protecció internacional és aquella que la comunitat internacional concedeix a individus o grups a través d'òrgans o mecanismes especials*³⁰. La protecció territorial que proporciona un estat a un refugiat o a una altra persona que necessita empara és una protecció interna o *asil*, que bé pot ser atorgat en compliment d'una obligació internacional.

Per això, han de ser considerats *demandants d'asil* no només aquells qui es reclamen refugiats en el sentit de la Convenció de Ginebra i que volen una protecció territorial, sinó també totes aquelles altres persones que necessiten *protecció* i que entren en contacte amb un estat diferent del de l'estat d'origen (per nacionalitat o residència habitual) i demanen empara per motius diferents dels que qualifiquen per obtenir l'estatut de refugiat. Cal considerar doncs, demandants d'asil,

beneficiarios de otros tipos de protección internacional, COM (2001) 510 final, 2001/207 (CNS), Brussel·les, 12 de setembre de 2001.

²⁹ En el document COM (2001) 510 final, 2001/207 (CNS) es deia a l'article 21 que "*As soon as their status has been granted Member States shall issue to (...) a residence permit (...)*"; en canvi, al document doc. 7944/04, Interinstitutional File 2001/0207 (CNS), darrera proposta modificada, es diu a l'article 22 que "*As soon as possible after their status has been granted, (...) Member States shall issue to beneficiaries of (...) a residence permit (...)*".

³⁰ ACNUR, *Observaciones del ACNUR sobre la propuesta de la Comisión Europea de una 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 apátridas para ser refugiados o beneficiarios de otros tipos de protección internacional*, Ginebra: ACNUR, novembre de 2001, pàg. 3.

- a. Les persones estrangeres que, trobant-se fora del seu estat d'origen, no poden o no volen emparar-se en la protecció d'aquest i reuneixen les condicions per obtenir l'estatut de *refugiats*³¹;
- b. Les persones estrangeres que, trobant-se fora del seu estat d'origen, no poden o no volen emparar-se en la protecció d'aquest i, tot i no poder ser qualificats de refugiats en el sentit de la Convenció de Ginebra, reuneixen les condicions necessàries per rebre una forma de *protecció subsidiària*³²; i,
- c. Les persones que formen part d'èxodes forçosos massius, i que tenen dret a rebre una forma de *protecció temporal*.

El reconeixement de la condició de refugiat, com ja s'ha assenyalat, no implica segons la Convenció de Ginebra i el Protocol de Nova York la concessió d'asil per part de les autoritats, però, tot i això, diverses consideracions permeten contemplar els refugiats que pretenen que se'ls reconegui l'estatut de la Convenció, com a demandants d'asil. En primer lloc, que d'acord amb moltes de les legislacions internes dels estats, el reconeixement de la condició de refugiat duu aparellada la concessió d'asil territorial. En segon lloc, que, per regla general, els refugiats cerquen una protecció de caràcter territorial, és a dir, obtenir asil arreu, que els pot ser concedit en el país les autoritats del qual els reconeguin com a refugiats o en un altre lloc, i no cerquen el reconeixement com a refugiats de forma autònoma (precisament es tracta de romandre en lloc segur mentre duri el temor de ser sotmès a persecució). I, en tercer lloc, la mateixa Convenció de Ginebra, si bé no estableix cap disposició expressa sobre asil, sí que contempla la regla de *non-refoulement*, és a dir, l'obligació dels estats de no refusar els refugiats sinó és per les circumstàncies excepcionals del paràgraf 2 de l'article 33³³, la qual cosa implica *de fet* un dret d'obtenir una forma de protecció territorial, és a dir una forma d'*asil provisional*³⁴.

³¹ *Every refugee is, initially, an asylum seeker*. Comitè Executiu del Programa de l'ACNUR (50^è període de sessions), *Note on International Protection*, A/AC.96/914, 7 de juliol de 1999, §16.

³² Els estats europeus que han anat assimilant els seus règims d'asil a la protecció concedida per refugi més un permís d'estada o residència en el territori, s'han vist obligats a preveure altres formes de protecció per persones que, no trobant-se en un dels supòsits per ser qualificats de *refugiats*, també han fugit dels seus llocs d'origen i no tenen possibilitats de tornar-hi o el fet d'allunyar-los forçosament del territori seria contrari a normes de dret internacional general o convencional. En general, s'engloba totes aquestes altres formes de protecció, que reben denominacions diferents en els diferents estats (estatut B, protecció de caràcter humanitari, *refugiats de facto*, *excepcional leave to remain*, etc.) en l'expressió *protecció subsidiària*. La proposta de directiva del document COM (2001) 510, modificada pel Consell el 2004, pretén també harmonitzar aquestes formes de protecció que, en definitiva, en tant que preveuen algun tipus de protecció territorial, són formes d'asil.

³³ El paràgraf 2 de l'article 33 disposa que no podrà invocar el benefici del *non-refoulement* el refugiat *que sigui considerat, per raons fonamentades, com un perill per la seguretat del país on es troba o que, havent estat objecte d'una condemna definitiva per delictes particularment greus, constitueixi una amenaça per a la comunitat d'aquest país*.

³⁴ En el Regne Unit, quan els demandants d'asil tenien dret a rebre una dotació econòmica, es va plantejar en quin moment una persona *from abroad* esdevenia demandant d'asil i quan ho deixava de ser. A la sentència *Regina v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Salem*, de 1999, es mencionava que, segons la normativa vigent la *Income Support (General) Amendment N° 3 Regulations*

26. La relació entre l'*asil* i el *refugi* resulta, principalment, de la regla de *non-refoulement*, que requereix una forma d'asil transitori com a element previ al mateix refugi. Per tal de no privar la Convenció de Ginebra de qualsevol *efecte útil*, cal entendre que el principi de *non-refoulement* significa que es reconegui a tot demandant d'asil el dret d'estar-se protegit en el territori de l'estat responsable d'examinar la demanda d'asil, al menys durant el temps que es trigui en resoldre la seva sol·licitud³⁵, tant si es reconeix o concedeix un estatut de protecció durable, com si s'acaba refusant, com si la resolució disposa el trasllat a un altre país. L'asil seria, en aquest sentit, una resposta *provisional* de protecció induïda indirectament per una regla de dret internacional, per tal que s'asseguri que l'*estatut de refugiat* un cop reconegut podrà desplegar tots els seus efectes.

Entre l'*asil* i el *refugi* hi ha una relació de complementaritat³⁶, que sobretot es manifesta en l'estatut de les persones que es troben sota la jurisdicció d'un estat davant de les autoritats del qual han presentat la seva sol·licitud de refugi, dins del territori o a les seves fronteres. És en l'estatut dels demandants d'asil i, sobretot, de les persones que *a priori* poden ser considerades com a refugiats, on es concreta un cert dret a l'*asil provisional*, com a manifestació del principi de *non-refoulement*. Aquest principi beneficia als refugiats per la seva incorporació a la Convenció de Ginebra de 1951, i també a d'altres demandants d'asil protegits per altres normes de dret internacional convencional i consuetudinari de protecció dels drets humans.

L'objecte de la tesi és precisament determinar els perfils d'aquest estatut dels demandants d'asil, a mig camí entre l'estatut del refugiat no reconegut i l'asil durable que, en definitiva, és una forma d'*asil*, en tant que protecció territorial. L'estatut del demandant d'asil comporta que es respecti la condició de refugiat que un estranger té, abans que una decisió de les autoritats el *reconeguin* com a tal, per la seva situació personal i per les circumstàncies que l'envolten, i també que es respecti un contingut mínim de drets humans en persones estrangeres que necessiten protecció.

1993, Regulation 70, (...) *a person (a) becomes an asylum seeker when he has submitted a claim for asylum to the Secretary of State that it would be contrary to the United Kingdom's obligations under the [Geneva] Convention for him to be removed from, or required to leave, the United Kingdom and that claim is recorded by the Secretary of State as having been made; and (segons una modificació de 1996) (b) ceases to be an asylum seeker: (i) in the case of a claim which, on or after 5.2.1996, is recorded by the Secretary of State as having been determined (other than on appeal) or abandoned on the date on which it is so recorded, or (ii) in the case of a claim for asylum which is recorded as determined before 5.2.1996.* És a dir que una persona és demandant d'asil quan ha presentat una demanda i mentre no pot ser refusada, o fins que deixa de ser a *person from abroad*, és a dir, quan és registrada com a refugiada. En el cas concret s'havia deixat de pagar l'ajut econòmic durant l'apel·lació i, finalment, es va reconèixer l'estatut de refugiat. House of Lords (UK), judgement 11.2.1999, *Regina v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Salem*.

³⁵ Denis Alland, "Le dispositif international du droit de l'asile. Rapport général", *loc. cit.*, pàg.63.

³⁶ Es diu que són a la pràctica nocions *solidàries*. *Ibidem*, pàg.16.

4. Inici i finalització de l'estatut del demandant d'asil

27. L'estatut del demandant d'asil acabarà quan la persona obtingui una decisió favorable al reconeixement o la concessió d'un tipus de protecció, o bé quan aquesta decisió sigui desfavorable. En aquest darrer cas la persona pot ser admesa en el territori d'acord amb la normativa interna sobre estrangeria de l'estat a càrrec de qui estigui, o bé pot ser objecte d'una mesura d'allunyament del territori o expulsió.

L'estatut del demandant d'asil s'inicia a partir del moment que un refugiat o un persona que tem patir tortura o tractaments inhumans o degradants en el país d'origen travessa les fronteres polítiques internacionals d'aquest país. En el context del dret internacional actual, aquest estatut desenvoluparà els seus efectes des del moment que la persona entri en contacte amb un estat estranger, que serà considerat estat d'asil, bé perquè es situï *de facto* o *de iure* sota la jurisdicció territorial d'aquest, bé, perquè aquest hagi exercit la seva autoritat extraterritorialment sobre el demandant d'asil i això el faci responsable de la seva situació.

La finalització de l'estatut del demandant d'asil podrà produir-se per l'allunyament efectiu de la persona dels espais sotmesos sota la jurisdicció de l'estat o per l'acabament d'una relació d'autoritat d'un estat d'asil i el demandant, o per l'adopció per part de l'estat responsable de fer-se càrrec del demandant d'una decisió definitiva en la qual es reconegui o es denegui asil. Si es denega l'asil, caldrà que la persona pugui ser legalment allunyada del país d'acord amb els estàndards internacionals i europeus aplicables, perquè, si no ho és, la persona continuarà sent algú que no pot retornar al seu país i que cerca protecció. Aquesta decisió pot comportar que:

- a. Es concedeixi l'estatut de *refugiat* i alguna forma de protecció territorial temporal (3 anys d'acord amb la Directiva 2004/83/CE del Consell de 29 d'abril de 2004) o durable, en l'estat que emet la decisió d'acord amb la Convenció de Ginebra, o en un altre estat part o estat *segur* (que no refusarà el refugiat a un país on podria ser perseguit o sotmès a tractaments prohibits);
- b. Es concedeixi asil temporal amb una mesura de *protecció subsidiària* (1 any d'acord amb Directiva 2004/83/CE del Consell de 29 d'abril de 2004);
- c. Es concedeixi asil durable (de durada indefinida o fàcilment renovable) amb una mesura autònoma basada en la normativa interna de l'estat;
- d. La persona sigui beneficiària d'una mesura col·lectiva de *protecció temporal*, adoptada en cas de fluxos massius.

L'estatut de demandant d'asil pot reviuir en persones respecte de les quals ha acabat la vigència una mesura de protecció temporal però que continuen tenint motius per beneficiar d'un estatut de protecció.

28. L'estatut del demandant d'asil no desapareix pel fet que la persona hagi estat admesa en el territori de l'estat d'asil, ni perquè rebi una protecció *de facto* per part d'aquest, ni perquè un estat la protegeixi contra una mesura d'expulsió o de

refoulement. Un demandant d'asil tampoc deixa de ser-ho perquè beneficiï d'un *asil provisional* mentre està sota la jurisdicció d'un estat estranger que se'n fa càrrec.

Malgrat que durant els anys vuitanta, tant l'ACNUR³⁷ com la doctrina³⁸ consideressin que l'asil concedit a títol temporal, o la *protecció temporal*, no feien que la persona fos menys demandant d'asil per aquest motiu, avui en dia, aquest posició sembla difícil de mantenir. Per un costat, l'asil ja no és una mesura extremadament excepcional per a refugiats polítics provenint del bloc ideològic oposat, que, davant de l'expectativa d'un manteniment del bipolarisme internacional rebien un asil per a una durada indefinida. Ni l'estatut de refugiat del Convenció de Ginebra ni l'asil són mesures ontològicament permanents, sinó que són mesures d'excepció per assegurar que persones que tenen unes necessitats específiques i contingents de protecció tindran cobertes aquestes necessitats mentre aquestes durin. Per l'altra, si l'asil es basa en una situació reconeguda de protecció territorial, la persona deixa de ser demandant d'asil i passa a ser asilat durant el temps fins que aquesta protecció acaba, independentment del fet que llavors pugui tornar a esdevenir un demandant d'asil, per la situació de fet en què es trobi i o per les expectatives de rebre novament protecció en el país d'origen.

B. LA DIMENSIÓ INTERNACIONAL DEL DRET DE L'ASIL I DEL REFUGI

1. Justificació de la perspectiva internacional sobre l'asil

29. El *Dret de l'asil* i del refugi, és a dir, el conjunt de normes que es refereixen a l'accés, admissió, estada en el territori i estatut dels refugiats i d'altres categories d'estrangers, té per finalitat la protecció de persones mancades dels drets fonamentals bàsics o que es troben en risc de ser perseguits, tot i no tenir un conjunt clar i definit de drets subjectius directament exigibles.

Així, aquest Dret es situa en el dret internacional públic com a un conjunt de normes que troba la seva justificació última en principis humanitaris i la protecció dels drets humans, però que, pel que fa a la seva actualització, depèn de la voluntat dels estats que potencialment oferiran una *protecció de substitució* a persones que no són els seus nacionals.

El refugi i l'asil es defineixen a partir de l'absència de protecció d'un estat anomenat d'origen (de la nacionalitat, o residència habitual en el cas dels apàtrides) respecte d'una part de la població que el forma, quan aquesta mancança està

³⁷ ExCOM ACNUR, Conclusió N° 22 (XXXII) *Protection des personnes en quête d'asile en cas d'arrivées massives*, de 1981.

³⁸ Gilbert Jaeger, *Étude des déplacements irréguliers des demandeurs d'asile et des réfugiés*, "Groupe de travail sur les déplacements irréguliers des demandeurs d'asile et des réfugiés", Ginebra, 1 d'agost de 1985, WG/M/3, Referència ACNUR: LAW/REF SPE 14 D, pàgs. 4-5/85.

acompanyada de persecució o perill de persecució en el cas dels *refugiats*, o bé quan existeix una incapacitat autèntica d'assegurar empara com a conseqüència d'una situació de conflicte intern, desestructuració de l'estat, violència generalitzada, etc. que empeny les persones a fugir cercant *asil* en altres estats³⁹. Aquest desemparament dels individus, que encara es relacionen de forma a bastament mediatitzada pels estats amb la comunitat internacional, prova de ser cobert per l'estatut que s'estableix a la Convenció de Ginebra de 1951 i el Protocol de Nova York de 1967, que estableixen el règim jurídic aplicable al *refugiat*.

30. Tant la definició de *refugiat* com el règim que s'estableix a la Convenció de Ginebra, després modificat pel Protocol de Nova York, actualment es troben ultrapassats per les circumstàncies dels fluxos migratoris forçosos actuals. La definició de *refugiat* ja no pot abastar tots el fenòmens de migracions forçoses en què es troben persones amb necessitats anàlogues a les dels refugiats en el sentit del Conveni, i les nocions de *persecució* o *temor fonamentat* que sustenten la determinació d'algú com a refugiat, han rebut interpretacions molt disperses per part dels estats. A més, cap disposició del Conveni ni del Protocol acaba directament la qüestió de l'*asil*, com a un dret subjectiu de les persones qualificades de refugiats, tot i que, com ja s'ha dit, es pot fer una interpretació del principi de *non-refoulement* com que comporta un cert asil provisorio.

Totes aquestes mancances i disfuncions han fet que s'hagi plantejat la conveniència de revisar els textos convencionals per tal de donar cabuda als nous fenòmens. Aquesta opció ha estat endegada des de diferents perspectives, però, en el pla universal, és lluny encara d'atansar resultats.

La Convenció de Ginebra i el Protocol de Nova York configuren l'únic règim universal que ofereix garanties fonamentals als refugiats, com l'obligació de *non-refoulement*, que cal preservar. Endegar una revisió del Conveni podria suposar també la revisió d'aquestes garanties i el risc que trontollés el sistema de la protecció internacional que s'ha anat construint. En el moment actual, d'altra banda, les insuficiències del règim de la protecció dels refugiats prové en gran mesura de la interpretació restrictiva que alguns estats s'entesten a fer d'algunes disposicions del Conveni, les quals creen diferències transcendents entre els refugiats segons el país d'acollida al que arribin, i que són contràries a l'esperit i a l'objectiu del Conveni. Per això, és preferible, com apunta Michel Moussali, intentar arribar a disposicions addicionals regionals per trobar altres solucions, *perseverar en les causes que provoquen els èxodes i provar de trobar-los remei, mobilitzar amb imaginació els reflexos de la solidaritat humana afí d'atenuar els patiments i, eventualment, resoldre*

³⁹ Kourula exposa com a vegades la fugida és provocada per raons que estan fora de control per part dels estats i individus implicats, com a conseqüència de la *necessitat* de trobar una protecció alternativa al perill i el risc que comporten situacions de violència generalitzada. Pirkko Kourula, *Broadening the Edges. Refugee Definition and International Protection Revisited*, op. cit., pàg. XIII.

*els problemes del moment, a l'espera que un dia es desprendran del conjunt de les disposicions regionals adoptades i dels esforços consentits, certs nous principis generals universalment aplicables que completarien el Conveni de 1951 i que, potser, podrien ser objecte d'un Protocol adicional a aquest*⁴⁰.

2. Els assaigs de codificació i el procés *Convention plus*

a. Els intents de codificació de l'asil dels anys setanta

31. En el cas de l'asil, els intents d'establir un règim complet a escala internacional van fracassar, cosa per la que només es pot parlar en termes generals d'*asil* en dret internacional, a partir de normes generals i convencionals que signifiquen alguna forma de protecció per als estrangers en situació de risc. Malgrat la qüestió de l'admissió en el territori va ser directament abordada en la conferència que hauria d'adoptar la Convenció de Ginebra sobre l'estatut dels refugiats, no es va arribar a un acord per a ser inclòs en el text, i només se'n va fer referència a la recomanació *D* de l'Acta final on es deia que es recomanava els estats que continuessin rebent els refugiats en el seu territori⁴¹.

Més endavant, la qüestió de l'asil va ser abordada indirectament a través de la discussió sobre l'oportunitat d'establir l'obligació d'admissió en el territori com a norma jurídica expressa, en dos intents de codificació internacional. En el primer, es va arribar a l'adopció de la *Declaració de les Nacions Unides sobre l'asil territorial* el 14 de desembre de 1967, l'article 3 de la qual estableix que ningú qui defugí ser sotmès a persecució no podrà ser sotmès a mesures com el refús en frontera, i que, si l'estat justificadament decideix derogar aquest principi haurà de donar la possibilitat a l'interessat de cercar un altre estat d'asil, concedint-li si de cas *asil provisional*⁴². El segon intent, de fet la iniciativa més ambiciosa, va ser a la *Conferència de les Nacions Unides sobre l'asil territorial* de Ginebra de 1977, que va fracassar en el seu assaig d'adoptar una convenció internacional sobre aquesta matèria que inclogués un dret subjectiu a l'asil, tenint en compte raons humanitàries. Els representants dels estats no van arribar a posar-se d'acord en la forma d'aconseguir l'objectiu marcat per la conferència, *reforçar l'asil territorial*, i estaven dividits respecte de la inclusió del

⁴⁰ Michel Moussali, "De quelques remarques sur la place de la Convention de 1951 dans la problématique actuelle des réfugiés", Walter Kälin, *Droit des réfugiés*, Fribourg: Éditions Universitaires Fribourg Suisse, 1991, pàg. 10.

⁴¹ *Vid. Infra* Capítol VII (npp 2).

⁴² *Recueil de traités et autres textes de droit international concernant les réfugiés et les personnes déplacées*, vol. I, *Traités et textes juridiques à caractère universel*, Ginebra: Division de la protection internationale de l'Office du Haut Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés, 1997, VII, pàg. 85.

principi segons el qual l'estat ha d'atorgar asil a les persones perseguides per motius polítics (només quatre estats de noranta-un van votar-hi a favor⁴³).

Els autors han assenyalat diversos motius pel que fa al fracàs de la Conferència. Per un costat, sembla que alguns estats, majorment estats amb règims comunistes i de l'anomenat *tercer món*, volien aprofitar la conferència per reforçar la seva sobirania territorial i van fer impossible l'adopció d'un text obligatori amb l'adopció sistemàtica d'esmenes. D'altra banda, també s'han apuntat com a causes, la inexistència aleshores dels elements de prova d'una suposada norma consuetudinària, ni tan sols de caràcter embrionari que pogués cristal·litzar en el procés codificador⁴⁴, a més de l'absència d'una preparació suficient⁴⁵, i un clima polític favorable a un Conveni sobre asil territorial, quan una bona part dels estats participants estaven més preocupats per reforçar el control de les seves fronteres, que per assumir deures humanitaris en forma d'obligacions jurídiques estables que poguessin debilitar aquest control. Finalment, Guy Goodwin-Gill afegeix que els esdeveniments polítics que succeïren a partir de 1971 van començar a presentar crisis de refugiats freqüents d'una certa magnitud, cosa que podria haver fet créixer el temor dels estats respecte de les conseqüències d'acceptar obligacions jurídiques internacionals d'asil i admissió en el territori, que percebien com a debilitació del control sobirà sobre el territori⁴⁶.

b. L'activitat normativa del Consell d'Europa

32. En el context regional europeu l'Assemblea parlamentària i el Comitè de Ministres del Consell d'Europa també han emès alguns textos de *soft law* que es refereixen a la possibilitat de codificar el dret d'asil. En el cas de l'Assemblea parlamentària, per exemple, destaquen dues recomanacions que, tot i no tenir èxit en el seu objectiu declarat, tradueixen una tendència a reconèixer certes garanties per als demandants d'asil. La Recomanació 293 (1961) *relativa al dret d'asil* de 26 de setembre, conté un *Projecte*

⁴³ Aquests estats van ser la República Federal d'Alemanya, Noruega, Suècia i la Santa Seu, segons Elisabeth Zoller, "Bilan de recherches de la section de langue française du centre d'étude et de recherche de l'Académie", Centre d'Étude et de Recherche de Droit international et de Relations internationales, *Le droit d'asile*, Dordrecht...: Kluwer Academic Publishers, 1989, pàg. 23; que cita l'annex I pàg. 8 del *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'asile territorial*, doc. A/CONF.78/12 (21 d'abril de 1977).

⁴⁴ Cristina J. Gortázar Rotaeché, *Derecho de Asilo y "No Rechazo" del Refugiado*, Madrid: Universidad Pontificia Comillas-Dykinson, 1997, pàg. 200.

⁴⁵ François Leduc, "L'asile territorial et la Conférence des Nations Unies de Genève. Janvier 1977", *AFDI*, vol. XXIII, 1977, pàg. 256.

⁴⁶ Els anys 1971-1972 es va produir la partició del Pakistan, que va provocar grans fluxos de refugiats cap a l'Índia; en aquella dècada també es produïren esdeveniments font de refugiats relacionats amb la descolonització a països africans; el cop d'estat de Xile l'any 1973 amb la conseqüent fugida d'una part de la població; i altres conflictes a l'Àsia, amb refugiats originaris d'Indoxina, Cambotja, Vietnam, etc. Guy. S. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law*, 2^a ed., Nova York: Clarendon Press-Oxford University Press, 1996, pàgs. 179-184.

d'article sobre el dret d'asil amb la intenció que fos inclòs en un protocol addicional al Conveni europeu. En ell s'establia que cap persona que cerqués asil no seria sotmesa a *mesures tals com el refús d'admissió a la frontera, refoulement o expulsió, que tinguessin per efecte obligar-lo a tornar o a restar en un territori on temeria amb raó de ser víctima de persecucions que posarien en perill la seva vida, integritat física o llibertat*⁴⁷.

En el mateix sentit, a la Recomanació 434 (1965) *relativa a l'aplicació del dret d'asil als refugiats europeus*, d'1 d'octubre, es recomana al Comitè de ministres que acceleri els treballs sobre el dret d'asil

*orientant-se cap a un instrument internacional susceptible de conferir la plena sanció jurídica a la pràctica del dret d'asil en els estats membres, tot invitant els governs dels estats membres a assegurar als refugiats el dret de no ser reenviats a un país on patirien el risc de ser perseguits*⁴⁸.

Finalment, també la Recomanació 1088 (1988) *relativa al dret d'asil territorial*⁴⁹, i la Recomanació 1236 (1994) *relativa al dret d'asil*⁵⁰, insten el Comitè de ministres a modificar el Conveni europeu per inscriure-hi el dret d'asil i les condicions d'admissió dels refugiats, proposant el darrer text d'elaborar un acord diferent que precisi l'estatut jurídic dels demandants d'asil.

c. El procés Convenció plus i les Consultes mundials sobre protecció internacionals

33. En els darrers anys s'han iniciat altres processos de codificació universal i regional en aspectes relatius al refugi i l'asil. En el pla universal, destaca, tot i la manca de resultats finals concrets, el procés de revisió, diagnosi i millora de la protecció que la comunitat internacional dóna als refugiats i demandants d'asil iniciat a finals de l'any 2000 i que encara continua amb el projecte *Convention plus* de l'ACNUR. Davant dels reptes que la protecció dels refugiats ha anat plantejant en els darrers temps, l'Oficina de l'ACNUR va iniciar la *Global Consultations on International Protection* per tal de

⁴⁷ Assemblea parlamentària del Consell d'Europa, *Recommandation 293 (1961) relative au droit d'asile*, de 26 de setembre de 1961, §2 de l'article, *Recueil de traités et autres textes de droit international concernant les réfugiés et les personnes déplacées*, vol. II, *op. cit.*, LXI, pàgs. 443-444.

⁴⁸ Assemblea parlamentària, *Recommandation 434 (1965) relative à l'application du droit d'asile aux réfugiés européens*, d'1 d'octubre de 1965, *Recueil de traités et autres textes de droit international concernant les réfugiés et les personnes déplacées*, vol. II, *op. cit.*, LXIV, pàgs. 448-449.

⁴⁹ Assemblea parlamentària, *Recommandation 1088 (1988) relative au droit d'asile territorial*, de 7 d'octubre de 1988, §10 vi), *Recueil de traités et autres textes de droit international concernant les réfugiés et les personnes déplacées*, vol. II, *op. cit.*, LXXV, pàgs. 470-472.

⁵⁰ Assemblea parlamentària, *Recommandation 1236 (1994) relative au droit d'asile*, de 12 d'abril de 1994, §8 iii), *Recueil de traités et autres textes de droit international concernant les réfugiés et les personnes déplacées*, vol. II, *op. cit.*, LXXXVI, pàgs. 502-506.

sondejar les possibilitats de revitalització de la protecció internacional a través de noves aproximacions que tinguessin en compte tant la perspectiva d'aquells que proporcionen protecció com dels que la reben, i que ajudessin a millorar la cooperació entre totes les parts implicades⁵¹.

Les *Global Consultations* o *Consultations mundiales* es van organitzar en tres itineraris⁵². El primer va consistir en la primera reunió ministerial dels estats parts a la Convenció de Ginebra de 1951 i/o al Protocol addicional de 1967, organitzada a Ginebra per part de l'ACNUR i el govern suís els dies 12-13 de desembre de 2001. El resultat d'aquesta reunió va ser una *Declaració dels estats parts a la Convenció de 1951 i/o el seu Protocol de 1967 relatiu a l'estatut dels refugiats*, on els estats van reafirmar el seu compromís en la plena i efectiva aplicació del Conveni i el Protocol, van reconèixer que aquests instruments mantenen la seva rellevància i que drets i principis que estableixen continuen essent aptes, i també van establir que, amb tot, calia considerar formes de desenvolupar i perfeccionar el règim de protecció⁵³.

El segon itinerari va comportar la realització durant l'any 2001 de tot un seguit de taules rodones entre experts de les diferents parts implicades, sobre qüestions concretes que planteja la protecció internacional dels refugiats, i especialment sobre la interpretació de determinats aspectes de la Convenció i el Protocol⁵⁴. Aquests debats havien de suposar una major comprensió dels diferents problemes, una certa diagnosi de la situació i un punt de partida relativament comú sobre l'acarament de la protecció en el futur.

34. Els resultats d'aquest segon itinerari han estat, en primer lloc, el procés de revisió, actualització i publicitat per part de l'ACNUR de les *UNHCR Guidelines on International Protection*, sobretot el les matèries tractades a les discussions. Tot i no tenir un valor jurídic obligatori per als estats, proporcionen una guia interpretativa d'aspectes del Conveni i són una orientació útil per a l'actuació de les autoritats i agents

⁵¹ Erika Feller, "Preface", 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. xvii.

⁵² Una descripció de les *Global Consultations* així com alguns dels documents principals emesos es troben recollits a *Protection Policy in the Making: Third Track of the Global Consultations*, RSQ, vol. 22, núms. 2/3, 2003.

⁵³ *Declaración de los Estados partes de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el estatuto de los refugiados*, HCR/MMSP/2001/9, 16 de desembre de 2002; adoptada el 13 de diciembre de 2001 en Ginebra en la Reunión Ministerial de los Estados Partes de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados.

⁵⁴ Els temes de les *Roundtables* van ser els següents. La 1ª es va fer a Lisboa els dies 3-4 de maig, sobre la cessació (art. 1 C) i l'exclusió (art. 1 F) de l'estatut de refugiat; la 2ª es va fer a Cambridge els dies 9-10 de juliol sobre el principi de *non-refoulement* (art. 33) i la responsabilitat de control (art. 35); la 3ª es va fer a San Remo els dies 6-8 de setembre sobre la pertinença a un grup social particular (art. 1 A 2), la persecució relacionada amb el gènere (art. 1 A 2), i la protecció, reasentament o alternativa de vol intern; i la 4ª es va fer a Ginebra els dies 8-9 de novembre sobre l'entrada il·legal (art. 31) i la unitat familiar (acta final de la Conferència de les Nacions Unides de 1951). Erika Feller, Volker Türk, Frances Nicholson (eds.), *Refugee Protection in International Law*, op. cit., pàg. xxi.

encarregats de la gestió directa de les migracions forçoses, personal governamental, i del mateix ACNUR⁵⁵. En segon lloc, es va adoptar l'anomenada *Agenda for Protection* que, a més de reprendre la *Declaració* dels estats de desembre de 2001, conté un *Programa d'acció* que identifica els objectius específics a desenvolupar, agrupant-los en sis motius interrelacionats:

1. reforçar la implementació de la Convenció de 1951 i el seu Protocol de 1967;
2. protegir els refugiats en el marc de moviments migratoris més amplis;
3. compartir càrregues i responsabilitats més equitativament i crear capacitats per rebre i protegir els refugiats;
4. acabar les qüestions relacionades amb la seguretat més efectivament;
5. trobar solucions durables per als refugiats; i
6. afrontar les necessitats específiques de protecció de les dones i els nens.

Tant la *Declaració* dels estats com el procés de les *Global Consultations*, i també el *Programa de protecció* van ser acollits de grat per part de l'Assemblea General de les Nacions Unides a la resolució 57/187 de 6 de febrer de 2003⁵⁶.

En tercer lloc, també que les *Global Consultations* han servit d'impuls de la tasca de desenvolupament regional de les qüestions relatives a l'asil i el refugi, com per exemple, en el cas del Comitè *ad hoc* d'Experts sobre els aspectes jurídics de l'asil territorial, els refugiats i els apàtrides (CAHAR) del Consell d'Europa que per exemple, va entomar un bon nombre de les conclusions a les que s'havia arribat en la qüestió de la interpretació de la noció de grup social a efectes de qualificació d'algú com a refugiat.

El tercer itinerari consisteix en traslladar al terreny polític i operatiu els reptes del règim de protecció dels refugiats i demandants d'asil, i resoldre els aspectes que es considera que no estan prou ben resolts en els instruments internacionals o que són llacunes del règim actualment vigent. Aquest itinerari és obert hores d'ara, i principalment s'ordena amb allò que es disposa a la *Agenda for Protection*, i a través del provés del que la Oficina de l'ACNUR ha anomenat *Convention plus*. El *plus*, com assenyalava Rud Lubbers en el pròleg de la tercera edició de la *Agenda for Protection*, fa referència al

desenvolupament d'acords especials o arranjaments multilaterals per assegurar un millor repartiment de les càrregues, amb estats del Nord i del Sud treballant conjuntament per tal de trobar solucions durables per als refugiats. Això inclou plans d'acció comprensius per tal d'acabar els fluxos massius, i acords sobre "moviments secundaris", pels quals es defineixin millors els rols i les

⁵⁵ Les primeres *Guidelines* han estat (1) sobre la persecució vinculada amb qüestions de gènere [HCR/GIP/02/01, de 7 de maig de 2002]; (2) sobre la pertinença a un grup social particular [HCR/GIP/02/02, de 7 de maig de 2002]; (3) sobre les circumstàncies de cessació [HCR/GIP/03/03, de 10 de febrer de 2003]; (4) sobre l'alternativa de vol o reassestament intern [HCR/GIP/03/04, de 23 de juliol de 2003]; (5) sobre l'aplicació de les clàusules d'exclusió [HCR/GIP/03/05, de 4 de setembre de 2003]; i (6) sobre les demandes de refugi basades en la religió [HCR/GIP/04/06, de 28 d'abril de 2004].

⁵⁶ AGNU, *Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados*, A/RES/57/187, de 6 de febrer de 2003.

*responsabilitats dels països d'origen, trànsit i potencial destinació. També inclou acords destinats a dirigir millor l'assistència al desenvolupament en les regions d'origen dels refugiats, i compromisos multilaterals per al reasentament dels refugiats*⁵⁷.

35. A la *Agenda for Protection* es diu que hi ha tres àmbits no coberts pels instruments internacionals existents per als quals calen nous instruments d'acció, i es considera que cal desenvolupar respecte d'ells bé convenis internacionals, bé arranjaments especials o compromisos entre els estats. L'ACNUR va llançar el 2003 la iniciativa *Convention plus* amb la idea de poder arribar al final del procés de discussió i negociació a acords multilaterals genèrics respecte de:

1. l'ús estratègic del reasentament com una eina de protecció, una solució durable i una forma tangible de repartiment de càrregues;
2. el direccionament més efectiu de l'assistència al desenvolupament per tal de sostenir les solucions durables per als refugiats, bé en els estats d'asil, bé un cop es retorna al país d'origen; i
3. la clarificació de les responsabilitats dels estats en cas de moviments secundaris irregulars de refugiats o demandants d'asil.

Aquests acords podrien concretar-se o formar part d'acords específics per a situacions determinades. La gestió del procés recau el l'Alt Comissionat i el director del departament de protecció internacional de l'ACNUR. Aquests dirigeixen la *Convention plus Unit* (CPU), encarregada d'elaborar les propostes normatives en col·laboració amb els estats. Cinc d'ells coordinen les discussions dins de grups més amplis d'estats interessats i s'encarreguen que les ONGs i altres actors tinguin oportunitat de participar-hi (Canadà sobre el tema 1, Dinamarca i Japó sobre el tema 2, i Sud-àfrica i Suïssa sobre el tema 3). Juntament amb la Oficina del Comitè Executiu de l'ACNUR, formen el Grup de Contacte *Convention plus* que fa el seguiment de tot el procés i assegura la interrelació i coherència entre les tres línies d'actuació. Finalment, dos cop l'any es reuneix el *Forum*, obert als estats membres del Comitè Executiu de l'ACNUR i als observadors del seu Comitè Permanent, i d'altres convidats, que analitza els progressos fets en els diferents estadis del procés⁵⁸.

36. L'establiment d'un règim comprensiu de les migracions internacionals, dins del que s'inscriu la protecció dels refugiats en el nou context de les relacions internacionals posteriors a l'acabament de la guerra freda, ha estat d'altre banda un dels

⁵⁷ ACNUR, *Agenda for Protection*, Ginebra: ACNUR, 3^a edició, octubre de 2003, pàgs. 6-7. La *Agenda for protection* forma part del *Report of the Executive Committee of the Programme of the United Nations High Commissioner for Refugees, Fifty-third session (30 September-4 October 2002), General Assembly Official Records Fifty-seven Session, Supplement No. 12A (A/57/12/Add.1)*, Annex IV. En castellà està publicat en el document de l'AGNU que duu per títol *Programa de protecció*, A/AC.96/965/Add.1, de 26 de juny de 2002.

⁵⁸ La primera reunió del Fòrum va tenir lloc en juny de 2003, i la segona el 12 de març de 2004. Forum du Haut Commissaire, *Rapport Intérimaire: Convention plus*, FORUM/2004/2, 20 de febrer de 2004; Convention Plus Unit (CPU), *Convention plus at a glance (as of 14 May 2004)*.

temes identificats per la Comissió de Dret Internacional de les Nacions Unides per a ser objecte de codificació o desenvolupament progressiu en el futur. En el *Informe sobre el programa de treball a llarg termini* del *Working Group* de la Comissió de Dret Internacional, inclòs al *ILC Report* de 1996, s'identifica el "dret respecte de les migracions internacionals" com un dels possibles temes per a un tractament en el futur dins de l'esquema general de temes principals de Dret internacional públic. Dels tretze temes, aquest va ser proposat l'any 1992 per primera vegada i apareix dins del tema general VI "Posició de l'individu en Dret Internacional", al costat del "Dret d'asil" (introduït el 1949) que s'inclou en el subtema "Tractament dels individus"⁵⁹. El dret relatiu a les migracions internacionals va ser objecte d'un dels esquemes sobre temes preseleccionats pel grup de treball sobre el programa de treball a llarg termini, fets per membres de la Comissió per tal de copsar millor els reptes que plantejaven. En l'esquema, fet per Guillaume Pambou-Tchivounda, es propugna l'establiment d'un nou ordre mundial de les migracions internacionals que impedis les exclusions arbitràries, i proporcionés protecció legislativa en el trànsit, residència i arribada dels moviments de població⁶⁰.

Els esforços de codificació, com ha estat assenyalat per Luke T. Lee, no són exclusius dels governs o les organitzacions intergovernamentals, sinó que també hi juguen un paper important altres actors, com les organitzacions de caràcter privat i científic⁶¹. En aquest sentit, per exemple, l'Institut de Dret Internacional va contribuir a donar una definició de l'asil que ha estat amplament acceptada en absència d'un instrument internacional obligatori sobre aquesta matèria⁶². També l'Associació de Dret Internacional ha contribuït al desenvolupament progressiu del Dret de l'asil i el refugi, a través de la feina del *Comitè Internacional sobre l'estatut jurídic dels refugiats* que va acabar els seus treballs després de l'adopció de la *Declaració de principis de dret internacional sobre la compensació als refugiats i als estats d'asil*, a El Caire el 1992⁶³; i del *Comitè Internacional sobre els procediments de refugi*, que va finalitzar amb l'adopció a Nova Delhi el 2002 de la Resolució 5/2002 *Principis rectors sobre Protecció Temporal*, i la Resolució 6/2002 *Declaració sobre els estàndards mínims*

⁵⁹ *International law Commission Report*, 48^{ena} sessió, 1996, Annex II *Report on the long-term programme of work*.

⁶⁰ Guillaume Pambou-Tchivounda, "El derecho relativo a las migraciones internacionales", *Esquemas preparados por miembros de la Comisión sobre temas seleccionados de derecho internacional*, Comisión de Derecho Internacional, A/CN.4/454, 9 de novembre de 1993.

⁶¹ Luke T. Lee, "Progressive Development of Refugee Law and its Codification", R.S. Pathak, R.P. Ohokalia (eds.), *International Law in Transition. Essays in Memory of Judge Nagendra Singh*, Dordrecht, Boston, Londres: Martinus Nijhoff Publishers, 1992, pàg. 113.

⁶² IDI, *L'asile en droit international public (à l'exclusion de l'asile neutre)*, Sessió de Bath, 1950, *loc. cit.*; l'Institut de Dret Internacional havia adoptat abans una resolució que duia per títol *Statut juridique des apatrides et des réfugiés*, Sessió de Brussel·les, 1936.

⁶³ ILA, *Report of the Sixty-Fifth Conference, held at Cairo, Egypt, 21 to 26 April 1992*, Cairo (1993), pàgs. 14 i 426-441.

*internacionals per als procediments de refugi*⁶⁴. Aquests dos darrers textos han estat referents en el procés d'harmonització de la Unió Europea sobre la protecció temporal, i sobre l'establiment d'uns requisits mínims en els procediments per reconèixer i retirar l'estatut de refugiat dels estats membres, encara que el seu contingut no hagi estat assumit enterament en la normativa europea.

37. En el pla regional europeu, després de la transferència de competències realitzada per part de la majoria d'estats membres a la Comunitat Europea per a l'harmonització d'aspectes relatius a l'asil, s'han iniciat alguns processos normatius. Quant a una codificació regional europea sobre asil i refugi, destaca la proposta de *directiva per la que s'estableixen normes mínimes sobre els requisits i l'estatut al que poden optar ciutadans de tercers països i persones apàtrides per ser refugiats o beneficiaris d'altres tipus de protecció internacional*. L'objectiu d'aquesta norma és harmonitzar la interpretació que fan els estats membres de la definició de refugiat de la Convenció de Ginebra de 1951, i el règim de la *protecció subsidiària*, que, en definitiva, com s'ha dit anteriorment, ha de ser considerada com a una forma d'asil. Pel que fa al primer objectiu, ja en el marc de la Cooperació en Afers de Justícia i d'Interior (CAJI) establerta en el Tractat de la Unió fet a Maastricht el 1991, es va adoptar una *posició comuna* entre els estats que, malgrat la feblesa del seu valor jurídic i que no resolva tots els problemes, ni tampoc aquells més importants per assegurar que un refugiat tenia les mateixes possibilitats de veure reconegut el seu estatut en qualsevol dels estats membres, va significar una primera aproximació al tema del refugi per part de la Unió Europea⁶⁵.

La proposta de directiva anomenada *de qualificació*, va ser presentada per part de la Comissió el setembre de 2001 en base a les noves competències, i ha estat formalment adoptada per part del Consell, després de modificacions significatives del text, a la sessió núm. 2579 del Consell Justícia i Afers d'Interior celebrada a Luxemburg el 29 d'abril de 2004. L'èxit o el fracàs d'aquesta directiva, així com la seva eficàcia per assegurar una aplicació harmonitzada i coherent de l'estatut de refugiat i d'altres formes de protecció, depèn en bona mesura de la transposició que facin els estats i de l'aplicació concreta del dispositiu normatiu. De tota manera, es constaten alguns aspectes positius com, per exemple, que aquesta directiva ofereix un marc únic per a l'anomenada *protecció subsidiària*, i permet una certa confiança en la concessió d'asil en els estats membres de la Unió Europea, quan una persona es trobi en determinades

⁶⁴ ILA, *Report of the Seventieth Conference held in New Delhi, 2-6 April 2002*, Londres (2002), pàgs. 42-51 i 52-58. També, *Resolution 5/2002 Refugee Procedures. Guidelines on Temporary Protection*, i *Resolution 6/2002 Refugee procedures. Declaration on International Minimum Standards for Refugee Procedures*.

⁶⁵ *Posición común, de 4 de marzo de 1996, definida por el Consejo, sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea relativa a la aplicación armonizada de la definición del término «refugiado» conforme al artículo 1 de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados 96/196/JAI, DOCE de 13 de març de 1996, núm. L 063/2-7.*

circumstàncies. I també defectes importants, que suposen alguns d'ells que es contrariïn les obligacions internacionalment acceptades pels estats. En aquest sentit, un dels problemes que presenta la directiva és la discriminació per raó d'origen de la persona, contrària a la Convenció de Ginebra, que resulta del fet que només es contempla la possibilitat de reconeixement de l'estatut de refugiat a persones d'estats tercers, la qual cosa exclou els ciutadans de la Unió⁶⁶. Tenint en compte que en els darrers anys, hi ha hagut encara un nombre considerable de demandants d'asil i de reconeixements de refugi a nacionals d'estats de l'Europa central i oriental que des de l'1 de maig de 2004 són membres de la Unió Europea, el problema que es presenta no és merament de caràcter teòric.

Un altre dels problemes que presenta la proposta de directiva és la manca d'uniformitat dels estatuts que regula, que no garanteix una mateixa protecció en situacions comparables en els diferents estats membres, i que posa en qüestió l'èxit de la directiva fins i tot des de punt de vista d'un dels seus objectiu en el marc de la realització del mercat interior, que és la desaparició dels moviments secundaris de refugiats i altres beneficiaris de protecció. L'article 4 de la proposta de directiva estableix tant a la versió de 2001 com a la de 2004 que *(e)ls estats membres podran introduir o mantenir normes més favorables per determinar qui reuneix els requisits per optar a l'estatut de refugiat o a la protecció subsidiària, i per determinar el contingut de la protecció internacional, sempre que siguin compatibles amb la present directiva.*

3. La consideració del demandant d'asil respecte del dret internacional

38. Respecte dels demandants d'asil i els refugiats es poden adoptar dues perspectives diferents: la que parteix de l'estat, que considera l'*asil* com un aspecte de les relacions d'estat a estat, i la que es fonamenta en l'individu que cerca asil, el qual, mancant la protecció de l'estat d'origen es trobaria en una relació *directa* amb la *comunitat internacional*⁶⁷.

Si bé ni la institució del refugi ni el Dret internacional sobre asil configuren un dret subjectiu de l'individu d'obtenir asil d'un estat o una institució internacional, això no fa que deixi de tenir significació⁶⁸ establir si el demandant d'asil, en tant que persona, és considerat únicament *objecte* de la relació interestatal o beneficiari, o si pel contrari té una consideració diferent, *subjectiva*.

⁶⁶ El títol de la proposta de directiva ja introdueix la limitació de beneficiaris, *Propuesta 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 apartadas para ser refugiados o beneficiarios de otros tipos de protección internacional*, COM (2001) 510 final, 2001/207 (CNS), Brussel·les, 12 de setembre de 2001.

⁶⁷ *Annuaire de l'Institut de Droit International*, vol. 43, Sessió de Bath, 1950, tom II, pàg. 210.

⁶⁸ Pirkko Kourula, *Broadening the Edges. Refugee Definition and International Protection Revisited*, op. cit., pàg. 5.

La situació dels individus en dret internacional s'ha dit que és *especial*, car tradicionalment s'han considerat *objectes* de dret internacional i, només en una època molt recent, la comunitat internacional s'ha dotat d'un règim internacional efectiu de drets humans que comporta una *promoció jurídic-internacional de l'individu*⁶⁹. Degut a que existeix una certa correspondència entre la *personalitat* jurídica i la *capacitat* legal de qui es pot anomenar *subjecte* de dret i, aquesta, usualment implica la possibilitat d'exercir drets, hom diu que els individus tenen una *posició especial* en el dret internacional, en la mesura que excepcionalment poden actuar en aquest àmbit jurídic⁷⁰.

La reconstrucció de l'estatut dels demandants d'asil d'acord amb el dret internacional actual suposa partir de la consideració que els individus tenen en aquest dret una certa subjectivitat o *posició especial*. Aquest punt de partença no implica una opció d'inspiració realista⁷¹ o sociològica⁷², que consideren que els únics subjectes de dret són els individus, contràriament als positivistes⁷³, que consideren que només ho són els estats. Sinó que accepta que en l'ordre jurídic internacional hi ha una diversitat creixent pel que fa als seus subjectes, els quals no tenen necessàriament uns mateixos tipus de capacitats o característiques. Els individus són *subjectes* d'acord amb el dret internacional pel fet que aquest els atribueix drets subjectius i els considera responsables de violació d'obligacions internacionals de les que són destinataris, i per això tenen una certa personalitat jurídica internacional⁷⁴ *atípica*, si es considera que els subjectes *típics* o propis d'aquest ordenament jurídic són els estats i les organitzacions internacionals. Un grup heterogeni d'autors entén que els individus tenen una certa personalitat internacional; i, entre ells, uns consideren que els individus tenen una subjectivitat

⁶⁹ Antonio Truyol y Serra, *Los derechos humanos*, 4ª ed., Madrid: Tecnos, 2000, pàg. 15.

⁷⁰ Hermann Mosler, "Subjects of international law", *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam: Max Plank Institute, 1984, pàgs. 457-458.

⁷¹ Georges Scelle, *Précis de droit des gens. Principes et systématique. Première Partie*, Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1932, pàgs. 8-9 i 42-44 (que considera que l'estat és una *ficció jurídica*, i l'identifica als seus subjectes); Hans Kelsen, "Les rapports de système. Entre le droit interne et le droit international public", *R. des C.*, 1926-IV, tom 14, pàgs. 280-286, Kelsen matisa després la seva posició quan accepta que els estats, com a persones jurídiques també són subjectes de dret internacional, Hans Kelsen, "Théorie du droit international public", *R. des C.*, vol. 84, 1953-III, pàg. 85.

⁷² Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, Tom 1, 3ª ed., Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & C^{ie}, Éditeurs (E. de Boccard, Successeur), 1927, pàg. 184-199, 451-481 i 713-733.

⁷³ Carl Heinrich Triepel, "Les rapports entre le droit interne et le droit international", *R. des C.*, tom 1, 1923, pàg. 81; Karl Strupp, "Les règles générales du droit international de la paix", *R. des C.*, tom 47, 1934-I, pàgs. 418-420; Erich Kauffman, "Règles générales du droit de la paix", *R. des C.*, tom 54, 1935-IV, pàgs. 397-399. Dionisio Anzilotti suavitza la seva posició radical inicial a les edicions posteriors a la primera del seu *Curs de dret internacional*, Dionisio Anzilotti, *Curso de derecho internacional* (trad. de la 3ª ed. italiana por Julio López Oliván), tom I, 1ª ed., 1935, pàgs. 113-116.

⁷⁴ En general s'hi refereix O'Connell, que critica fortament els corrents de pensament que veuen en l'individu un simple objecte o *tema* del dret internacional, i afirma per inducció que l'individu és *persona* de dret internacional, tot i que les seves competències siguin menys nombroses i d'una naturalesa diferent de la dels estats. D.P. O'Connell, "La personnalité en droit international", *RGDIP*, tom LXVII, 1963-1, pàgs. 35-43. I també István Szászy, "La règle juridique, le droit subjectif et le sujet de droit en droit international", *Mélanges offerts à Juraj Andrassy*, La Haye: Martinus Nijhoff, 1968, pàgs. 344-350.

internacional *limitada* en dret internacional *convencional*⁷⁵ i, uns altres, que els individus també poden ser subjectes segons el *dret internacional general*⁷⁶.

D'entre els autors que consideren que els individus tenen una personalitat *limitada* en virtut de normes de tipus convencional, destaquen els que fan una consideració especial dels apàtrides i dels refugiats. Aquestes persones, en la mesura que no pertanyen a cap estat o estan mancades de la seva protecció *de iure* o *de facto*, es consideren com a especialment *aptas* per a ser tingudes per subjectes de dret internacional⁷⁷. Sadruddin Aga Khan, per exemple, considera que per causa de la Convenció de Ginebra de 1951, els *refugiats* han deixat de ser *res nullius* i, gradualment, esdevenen *subjectes de dret*⁷⁸. Franck E. Krenz, amb una posició molt més agosarada, considera, a partir de la ruptura del lligam de fet o de dret entre un individu i el seu estat, que com que el Dret internacional d'asil és una aplicació concreta del Dret dels drets humans, i significa el reconeixement d'un cert estatut internacional per als individus, d'això se n'extrauria que el refugiat és *el subjecte de dret internacional per excel·lència*⁷⁹.

La consideració de la posició jurídica subjectiva limitada de l'individu en dret internacional no comporta per si mateixa la idea d'una atribució de drets, però accepta

⁷⁵ Giorgio Balladore-Pallieri, *Diritto internazionale pubblico*, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1946, pàgs. 255-257; Adolfo Miaja de la Muela, *Introducción al Derecho internacional público*, 7ªed., Madrid: Atlas, 1979, pàgs. 272-275; Juan Antonio Carrillo Salcedo, *Curso de derecho internacional público. Introducción a su estructura, dinámica y funciones*, Madrid: Tecnos, 1991, pàgs. 38-40; Pierre-Marie Dupuy, *Droit international public*, 3ª ed., Paris: Dalloz, 1995, pàgs. 141-147; José Antonio Pastor Ridruejo, *Curso de derecho internacional público y Organizaciones Internacionales*, 9ª ed. Madrid: Tecnos, 2003, pàg. 187; Paul Reuter, *Droit international public*, 7ª ed., Paris: PUF, 1993, pàgs. 235-242, i també, *id.*, "Principes de droit international public", *R. des C.*, tom 103, 1961-II, pàgs. 502-504. Paul Reuter considera que aquesta possibilitat només es dóna en l'àmbit dels tractats que creen organitzacions internacionals.

⁷⁶ La majoria ha afirmat aquesta personalitat jurídica, a partir de l'existència de determinades normes consuetudinàries que estableixen obligacions internacionals a càrrec dels individus, com els supòsits dels anomenats *delicta iuris gentium* (pirateria, "tractament" d'esclaus, tràfec de drogues, delictes contra persones internacionalment protegides) [Hans Kelsen, "Théorie Générale du Droit international public. Problèmes choisis", *R. des C.*, tom 42, 1932-IV, pàgs. 141-178]; o reduint aquesta personalitat únicament als casos de *crims de guerra*, on hi hauria responsabilitat individual immediata, fonamentada un deure jurídic internacional al que el dret internacional associa una sanció directa contra l'individu [Alfred Verdross els considera *veritables* delictes internacionals, Alfred Verdross, *Derecho Internacional Público* (trad. Antonio Truyol y Serra de l'edició alemanya de 1964), 6ªed., Madrid: Aguilar, 1976, pàgs. 201-203]. D'altra banda es considera que sorgeix un *standard mínim* de la protecció internacional dels drets humans que, gradualment, es desenvoluparia en un *deure internacional* de tots els membres de la comunitat jurídica internacional, el qual estaria sent reconegut com a *jus cogens*; i que, paral·lelament, s'aniria manifestant el *dret* de l'individu a gaudir d'aquesta *posició* respecte dels estats i altres subjectes de dret internacional. Hermann Mosler, "Subjects of international law", *loc. cit.*, , pàgs. 457-458.

⁷⁷ Charles Rousseau, *Droit International public*, tom II, Paris: Sirey, 1974, pàg. 774.

⁷⁸ Sadruddin Aga Khan, "Legal problems relating to refugees and displaced persons", *R. des C.*, tom 149, 1976-I, pàgs. 311-315.

⁷⁹ Aquest autor ha considerat especialment un dret consuetudinari del demandant d'asil a l'*admissió en el territori* que, en definitiva, seria un fonament per a la seva consideració com a subjecte de dret internacional. Franck E. Krenz, "The refugee as a subject of international law", *ICLQ*, vol. 15, part 1, 1966, pàgs. 108 i 115.

que aquests puguin derivar-se per als individus de normes o regles internacionals convencionals o consuetudinàries.

4. Pressupòsits del dret de la persona de cercar asil arreu

39. La Declaració Universal de Drets de l'Home de 1948 reconeix el dret de cercar asil i, tal com es configura, pressuposa un *dret* de tothom *de sortir del territori* d'un estat, inclòs el de la seva nacionalitat. El *dret de cercar asil* recollit a l'article 14§1 de la Declaració és una de les poques referències a l'asil que es troba en un text internacional de caràcter general⁸⁰:

En cas de persecució, tothom té dret a cercar asil, i a gaudir-se en qualsevol país

Aquesta disposició, deixant de banda la discussió sobre el caràcter obligatori dels drets de la Declaració⁸¹, no estableix un dret de l'individu d'obtenir asil, sinó només un dret⁸² a demanar-lo i a que la seva petició sigui considerada⁸³. L'article 14 de la Declaració Universal de 1948 no estableix un dret de la persona de *rebre* asil, ni una obligació internacional per als estats d'atorgar-lo i, per tant, en el dret internacional de caràcter general s'estableix només el que s'ha anomenat *a half a right (or less)*, és a dir, un *dret a esdevenir* refugiat beneficiari d'asil⁸⁴, que depèn de que un estat admeti la

⁸⁰ Només es reconeix el dret d'obtenir asil en un text internacional de caràcter general en un cas molt concret en l'*Arranjament relatiu als marins refugiats*, signat a La Haia el 23 de novembre de 1957, que és l'únic instrument convencional conclòs sota els auspicis de les Nacions Unides segons el qual les parts contractants es comprometen a atorgar asil en aquest cas específic. *Recueil de traités et autres textes de droit international concernant les réfugiés et les personnes déplacées*, vol. I, *Traités et textes juridiques à caractère universel*, Ginebra: Division de la protection internationale de l'Office du Haut Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés, 1997, VI, pàgs. 75-80.

⁸¹ Aquesta qüestió està tractada per exemple a Thomas Buergenthal i Alexandre Kiss, *La protection internationale des droits de l'homme*, Kehl...: Éditions N.P. Engel, 1991, pàgs. 16-23.

⁸² Enlloc de parlar de *dret* o *dret subjectiu*, al qual s'hi correspondria una obligació jurídica a càrrec d'algú, en aquest cas sembla que més aviat s'ha de parlar de *pretensió* jurídica en un sentit més tècnic o processal, segons l'anàlisi que d'aquestes categories han fet diversos autors, Wesley Newcomb Hofeld, *Conceptos jurídicos fundamentales* (trad. Genaro R. Carrió de la publicació original anglesa de 1913), 2^a ed., Buenos Aires: Centro Editor de América Latina-Fontamara, 1992, pàgs. 46-67; Hans Kelsen, *Teoria pura del derecho*, Dirección General de Publicaciones de la Universidad Autónoma de México, México, 1986, pàgs. 139-157; Carlos Santiago Nino, *Introducción al análisis del derecho*, Ed. Ariel-Derecho, Barcelona, 1984, pàgs. 195-208; Santi Romano, *Fragmentos de un diccionario jurídico* (trad. Santiago Sentís Melendo i Marino Ayerra Redín), Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América, 1964, pàgs. 89-119 i 131-149; Alf Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, 2^a ed., Buenos Aires: EUDEBA, 1970, pàgs. 152-196.

⁸³ A diferència del que s'establia en el Projecte presentat per a la seva aprovació on es deia que *Devant la pesécution toute personne a le droit de chercher et de recevoir asile en un autre pays*. Francis Schnyder, "Les aspects juridiques actuels du problème des réfugiés", *R. des C.*, tom 114, 1965-I, pàg. 380. L'expressió *rebre asil* va ser interpretada com que suposava un dret de la persona de prevaler-se d'asil i, així, de reivindicar el dret d'entrar en qualsevol estat que aquest escollís, i la versió definitiva va substituir-la per *bénéficiaire de l'asile*.

⁸⁴ Per a aquest *dret*, com per a tots els *drets humans*, resulta difícil considerar la noció d'*obligació correlativa*, vàlida per emmarcar els *drets subjectius*. Partint d'una crítica de les teories que redueixen els drets a pretensions vàlides (*valid claims*), s'ha parlat de la *irreductible dualitat dels drets humans*: els

persona que es troba en una situació que el qualifica com a refugiat encara que només sigui temporalment⁸⁵.

La recerca d'asil i refugi parteix de la desvinculació de l'individu de l'estat de la seva nacionalitat o residència habitual. Per tant, la sortida d'aquest del territori sobre el qual l'estat exerceix la seva competència és essencial per poder parlar de sol·licitud d'asil o refugi. El dret dels individus *de sortir de qualsevol país, inclòs del propi*, està reconegut a l'article 13§2 de la Declaració Universal de Drets humans, a l'article 12§2 del Pacte internacional de Drets Civils i Polítics de 1966 (que no reprèn, en canvi, el dret de cercar i gaudir d'asil)⁸⁶ i a l'article 2§2 del Protocol núm. 4 del Conveni europeu de Drets humans, de 16 de setembre de 1963. Per tal de cercar asil, una persona, refugiada o no, ha de poder presentar-se a les autoritats de l'estat de refugi o asil, i això pressuposa que hagi de poder sortir del territori (tot i que sovint, en alguns estats, la sortida sense la documentació requerida per fer-ho és considerada il·legal)⁸⁷.

El dret de les persones de sortir del propi país comporta obligacions directes per a l'estat de la nacionalitat, però també per a tots els altres estats, potencials estats d'arribada, encara que només indirectament. El dret de sortir del territori d'un estat no està acompanyat del dret d'entrar en el territori d'un altre ni tampoc de l'obligació de cap estat d'autoritzar la presència de cap estranger en el seu territori⁸⁸. Això no significa, però, que els estats puguin sempre i en tota circumstància allunyar o expulsar les persones que es troben ja sota la seva jurisdicció, ni tampoc que puguin impedir en qualsevol cas i amb qualsevol mitjà que algú s'hi posi.

drets humans serien un híbrid entre un element moral i un de jurídic, i només amb un reconeixement jurídic que proporcioni la base del seu exercici es podria transcendir l'àmbit de l'obligació moral Rex Martin, *A system of rights*, Oxford: Clarendon Press, 1993, pàgs. 51-97.

⁸⁵ Louis Henkin, "International Law: Politics, Values and Functions. General Course on Public International Law", *Rec. des C.*, tom 216, 1989-IV (1990), pàg. 240. Hersch Lauterpacht fa una dura crítica dels termes en que finalment va ser redactat l'article 14, quan afirma que *les seves provisions crucials es cobreixen d'un llenguatge calculat per despistar, que recorda els instruments internacionals en els que una ingeniosa i decepcionant expressió serveix el propòsit d'ocultar la determinació dels estats en retenir completament la seva llibertat d'acció*. Hersch Lauterpacht, "The Universal Declaration of Human Rights", *BYBIL*, vol. XXV, 1948, pàg. 373.

⁸⁶ L'article 12 del Pacte garanteix el dret de circular lliurement només a les persones que es trobin legalment en el territori d'un estat, i dins d'aquest; Comitè de Drets Humans, afer *Akla v. Togo*, Comunicació N° 505/1992, *Report of the Human Rights Committee (Fifty-first session)*, 16 de setembre de 1996, A/51/40, §412; i el dret de tothom de sortir lliurement de qualsevol país, fins i tot del propi; CtèDH, decisió de 5 de maig de 1994, afer *K nye v. Hungary*, Comunicació N° 520/1992, U.N. Doc. CCPR/C/50/D/520/1992 (1994), §3.1.

⁸⁷ Hurst Hannum, *The Right to Leave and return in International Law and Practice*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1987, pàgs. 49-52.

⁸⁸ Es considera una *paradoxa* el fet que els tractats internacionals sobre drets humans disposen sense condicions el dret de tothom de marxar lliurement del seu país, i cap d'aquests tractats no garanteix el dret de ser admès en un altre país. L'individu no pot entrar en un estat estranger ni quan fuig de la persecució, ni quan fuig de la violació massiva de drets fonamentals. Peter Leuprecht, "Le droit d'asile en Europe", François Rigaux (ed.), *Droit d'asile (Deuxièmes assises européennes sur les droit d'asile)*, Bruxelles: Story-Scientia, 1988, pàg. 71.

Algunes reglamentacions, i sobretot determinades pràctiques relatives a l'aplicació dels acords de Schengen es pot considerar que afectarien el dret de tota persona de *sortir del propi país* com, per exemple, l'exigència de visats d'entrada que els estrangers han de procurar-se abans d'accedir al país europeu de destí, o les *mesures complementàries*, que consisteixen en l'obligació dels estats de preveure sancions a l'encontre dels transportistes que duguin fins a les fronteres d'un estat persones estrangeres que no tinguin dret d'entrar-hi, o que no estiguin en possessió dels documents necessaris per ser admesos en el territori⁸⁹.

5. L'asil com a manifestació de la competència territorial de l'estat

40. La competència sobirana dels estats de controlar l'entrada de persones estrangeres en el seu territori, sens perjudici de les obligacions que resulten de tractats internacionals conclosos per ells, es deriva d'un principi de dret internacional públic: un estat pot admetre persones estrangeres sobre el seu territori sense haver de justificar les raons d'aquest exercici de sobirania, que poden ser expressió d'interessos de caràcter econòmic, de caràcter humanitari, altruista o altre.

Des de la perspectiva interestatal del dret internacional, aquest fet comporta un conflicte potencial de sobirania, ja que la qualificació d'una persona com a refugiat, o la concessió d'asil segons la normativa interna, poden oposar-se a l'exercici de sobirania per part de l'estat d'origen, que, eventualment, podria considerar els fets que han ocasionat la fugida contraris al dret vigent, imputables a la persona i susceptibles de ser perseguits en justícia⁹⁰.

Des de la perspectiva de l'individu, el dret de sortir del territori d'un estat, com ja s'ha vist, no es correspon amb cap dret d'entrar en el territori d'un estat estranger, cosa per la qual es planteja precisament el dret d'asil, que no tindria sentit en cas contrari⁹¹. Per als demandats d'asil, la conciliació entre aquests dos elements resultarà de l'abast de l'aplicació de la regla de *non refouement*, i dels límits a l'exercici de la competència discrecional dels estats de controlar l'accés de persones estrangeres en el seu territori.

El principi amplament acceptat segons el qual els estats tindrien un *control exclusiu* i una *absoluta discreció* sobre l'admissió en el seu territori de persones

⁸⁹ Articles 26§1 b) i, en general, articles 3 a 18 del Conveni d'aplicació Schengen [*Infra* Capítols IX i X]

⁹⁰ Sobre aquest conflicte de sobirania, Olivier Beaud, "Propos inactuels sur les droit d'asile: asile et théorie générale de l'état", *Les Petites Affiches*, núm. 123, 13.10.1993, pàgs. 19-21.

⁹¹ Com ha dit Denis Alland, "Le dispositif international du droit de l'asile. Rapport général", *loc. cit.*, pàg. 21. El dret d'entrar com a corol·lari d'un dret de sortir només existiria en l'espai territorial d'estats que han establert entre ells una llibertat de circulació, com es pretén entre els estats europeus. Kay Hailbronner, "Perspectives of a harmonization of the law of asylum after the Maastricht summit", *CMLR*, vol. 29, 1992, pàg. 919.

nacionals d'altres estats⁹², d'acord amb el dret internacional, només esta limitat pel principi de no discriminació. Els estats, però, condicionen l'entrada en el seu territori al compliment de requisits que es defineixen en les normes de dret intern⁹³, i determinen les seves polítiques d'immigració internes en funció d'aquestes condicions.

Per contra, els moviments internacionals de població cada cop més responen a factors *globals*, que comporten la disminució de la capacitat efectiva dels estats de controlar la immigració. Ha variat el caràcter de l'*autoritat exclusiva dels estats* sobre el control de l'accés al territori de persones no nacionals, i s'ha transformat com a conseqüència de processos transnacionals que no depenen ja exclusivament de decisions individuals⁹⁴.

41. La facultat dels estats d'admetre en el territori i atorgar asil a persones estrangeres, així, és una facultat discrecional que es deriva de la competència sobirana sobre el territori⁹⁵, tot i que l'*asil territorial* és una institució que no es pot assimilar a exclusivament a aquesta competència.

Com afirmava Charles de Visscher l'any 1970, el *dret de l'estat d'atorgar asil en el seu territori als estrangers que fugen de persecucions racials o polítiques del seu país de residència es deriva del caràcter exclusiu de la seva jurisdicció territorial*⁹⁶. Més enllà d'això, tot i que no es pugui parlar avui dia encara d'un *dret* de l'individu d'obtenir protecció d'un estat del que no és nacional ni, per tant, d'un deure de l'estat d'atorgar-lo, hom considera que els èxodes massius de persones haurien modificat profundament el problema, i posat novament en relleu el *caràcter humanitari de l'atorgament de l'asil*: els estats en el territori dels qual hi ha *refugiats de facto*, no podrien imposar lliurement la seva repatriació sense una justificació relativa a cadascun d'ells⁹⁷.

⁹² Guy S. Goodwin-Gill, "Entry and Exclusion of Refugees. The Obligations of States and the Protection Function of the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees", *Transnational Legal Problems of Refugees, Michigan Yearbook of International Legal Studies*, New York: Clark Boardman Company, Ltd., 1982, pàg. 291.

⁹³ Fernando M. Mariño Menéndez, "Los derechos de los extranjeros en el derecho internacional", Fernando M. Mariño Menéndez i altres, *Derecho de extranjería, asilo y refugio*, Madrid: Ministerio de Asuntos Sociales-INRSO, 1995, pàgs. 114-115.

⁹⁴ Saskia Sassen, "Beyond Sovereignty: Immigration Policy Making Today", *Social Justice*, vol. 23, núm. 3 *Immigration: A Civil Rights Issue for the America's in the 21st Century*, 1996, pàgs. 9-15.

⁹⁵ Léopold Bolesta-Koziebrodzki, *Le droit d'asile*, Leyde: A.W. Sythoff, 1962, pàg. 80; François Crépeau, *Droit d'asile. De l'hospitalité aux contrôles migratoires*, Bruxelles: Editions Bruylant-Editions de l'Université de Bruxelles, 1995, pàgs. 183-188; Atle Grahl-Madsen, *The Status of Refugees in International Law*, vol. II, Leiden: A.W. Sijthoff, 1972, pàgs. 6-7; Fernando M. Mariño Menéndez, "Los derechos de los extranjeros en el derecho internacional", *loc. cit.*, pàgs. 117; Franck Moderne, *Le droit constitutionnel d'asile dans les états de l'Union européenne*, Paris: Economica-Presses Universitaires d'Aix Marseille, 1997, pàg. 3.

⁹⁶ Charles De Visscher, *Théories et réalités en droit international public*, 4^{ème} ed., Paris: Pédone, 1970, pàgs. 202-205.

⁹⁷ *Ibidem*. En aquest sentit es parla de l'acompliment d'un *deure d'humanitat*.

L'existència d'èxodes massius de població (migracions forçoses de gran nombre de persones en un període curt de temps) i la resposta internacional a aquests fa que s'inverteixi l'ordre de prelación entre dos conceptes ja tradicionals del dret internacional públic: sobirania dels estats i drets humans. Si bé temps enrera s'entenia que la *sobirania estatal* prevalia davant els drets humans, ja que no s'entenia com a quelcom que pogués transcendir les qüestions de caràcter intern⁹⁸, aquest nou tipus de fenòmens en un context de transformació del sentit de la sobirania posa en un primer pla el deure d'asil com a derivat dels principis humanitaris. Les migracions *massives* simplement actualitzen i duen un poc més enllà la idea que, en matèria de drets humans, *els estats tenen obligacions cap a la comunitat internacional en el seu conjunt per a la consecució del bé comú de la comunitat*⁹⁹. I també que, la proclamació de la noció jurídica de la dignitat humana de tot ésser humà i el reconeixement del valor essencial de les persones d'acord amb aquesta dignitat que li és inherent, necessàriament condiona les bases de la *comunitat* que fonamenta i justifica la sobirania estatal¹⁰⁰.

Entenent així l'existència d'un poder sobirà dels estats d'acollir o admetre persones en el seu territori, els límits al poder discrecional d'aquests, tant es poden derivar de dret internacional convencional com consuetudinari. I, en el cas del dret internacional general, la doctrina considera que un dret *en formació* postula l'obligació d'acollir temporalment en el territori estrangers en situació greu de risc¹⁰¹. Alguns autors fins i tot han plantejat que l'admissió d'estrangers no seria un dret discrecional de l'estat, sinó que aquest hauria de poder justificar una exclusió contrària a un cert *deure d'admissió* de les persones estrangeres¹⁰².

En dret internacional no existeixen regles imperatives sobre l'atorgament d'asil per part d'un estat i, per això, no existeix tampoc en aquest ordenament jurídic un *asil humanitari* pròpiament dit, sinó només un *refugi* de caràcter polític; ara bé, els estats sí estan subjectes a certes *obligacions de no fer*, obligacions de no expulsar certes persones del seu territori, com per exemple, les derivades de la regla de *non refoulement*¹⁰³. A la pràctica, és l'obligació de no refusar o de no expulsar la que

⁹⁸ El desenvolupament progressiu del Dret internacional comporta que matèries en un temps reservades a la competència interna dels estats passin a ser qüestions d'*ordre internacional*. Juan Antonio Carrillo Salcedo, *Soberanía del Estado y Derecho Internacional*, Madrid: Tecnos, 2ª ed., 1976, pàg. 327.

⁹⁹ Juan Antonio Carrillo Salcedo, *Soberanía de los Estados y Derechos humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*, Madrid: Tecnos, 1995, pàg. 16.

¹⁰⁰ Giuseppe Sperduti, "La Souveraineté, le droit international et la sauvegarde des droits de la personne", Yoram Dinstein (ed.), Mala Tabory (ass.ed.), *International Law at a Time of Perplexity. Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1989, pàgs. 879-885.

¹⁰¹ Fernando M. Mariño Menéndez, "Los derechos de los extranjeros en el derecho internacional", *loc. cit.*, pàg. 118.

¹⁰² James A. R. Nafziger, "The General Admission of Aliens under International Law", *AJIL*, vol. 77, núm. 4, 1983, pàg. 847.

¹⁰³ Elisabeth Zoller, "Bilan de recherches de la section de langue française du centre d'étude et de recherche de l'Académie", *loc. cit.*, pàg. 23.

constitueix una veritable protecció d'urgència deguda, o *asil provisional*, a la que els estats no es podrien sostreure.

C. EL MARC NORMATIU INTERNACIONAL I INTERN SOBRE ASIL A LA UNIÓ EUROPEA

42. El marc normatiu o *dispositiu* internacional, en la terminologia de Denis Alland, és el conjunt de normes i regles relatives als refugiats, asilats i demandants d'asil: tractats internacionals que tenen l'asil o el refugi per objecte, convenis que hi tenen una incidència indirecta tant d'abast universal com regional, i legislacions i pràctiques nacionals sobre asil i refugi¹⁰⁴.

Pel que fa a aquestes darreres, les legislacions i pràctiques nacionals sobre asil i refugi en els estats europeus es caracteritzen pel seu progressiu *deteriorament* des del punt de vista dels drets humans, i per la seva ineficàcia en la gestió dels fluxos de migracions forçoses¹⁰⁵. Les manifestacions d'aquest deteriorament dels mecanismes d'asil han estat l'embussament dels procediments, la disminució espectacular de les taxes de reconeixement de l'estatut de refugiat¹⁰⁶, i l'aparició de situacions no previstes pel Dret, com les persones que sense poder gaudir de l'estatut de refugiat, resten en el territori com a *refugiats de facto*¹⁰⁷. L'augment dels fluxos de refugiats, la diversificació dels orígens de les persones que cerquen asil, la disminució dels mitjans financers per a un tipus de despesa no productiva a curt termini, i les dificultats administratives han impulsat una adaptació de les estructures¹⁰⁸, i la necessitat d'adoptar mesures que corregeixin o evitin la situació precària dels demandants d'asil¹⁰⁹.

¹⁰⁴ Denis Alland, "Le dispositif international du droit de l'asile. Rapport général", *loc. cit.*, pàg. 17. Alland considera que és difícil veure en aquest *dispositiu* un *sistema*, tot i que hagi de ser a voltes estudiat com a tal.

¹⁰⁵ La deterioració ha estat agreujada pel fet que els estats han anat modificant les seves normatives i simplificant progressivament els procediments en detriment de les garanties anteriorment previstes. Jean-Jacques de Bresson, "Heurs et malheurs de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 sur le statut des réfugiés", *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement. Mélanges Michel Virally*, Paris: Pédone, 1991, pàg. 155. També, François Crépeau, "Droit comparé de l'asile et du refuge. L'application diversifiée de la Convention de Genève de 1951 en Europe et ailleurs", Société Française pour le Droit International, *Colloque de Caen. Droit d'asile et des réfugiés*, Paris: Éditions A. Pédone, 1997, pàgs. 261-290.

¹⁰⁶ Christine Schreiner, "Le droit d'asile et la Communauté Économique Européenne", *Les Annales de Clermond-Ferrand*, vols. 27/28, 1991-1992, pàgs. 395-401.

¹⁰⁷ És a dir, es troben en una *zona de no dret*. Marie-Odile Wiederkehr, *Réflexions sur l'harmonisation du droit d'asile en Europe*, "Discours prononcé au Conseil de l'Europe" el 15 de maig de 1992, pàg. 4.

¹⁰⁸ Jacqueline Costa-Lascoux, "Réfugiés et demandeurs d'asile en Europe", *REMI*, vol. 3, núm. 1-2, 1987, pàgs. 247-248.

¹⁰⁹ En general, sobre el deteriorament dels mecanismes d'asil i les reaccions dels estats davant dels canvis, Gil Loescher, "The European Community and Refugees", *IA*, vol. 65, núm. 4, 1989, pàgs. 617-636.

1. Normes internacionals que tenen per objecte la regulació d'alguns aspectes del dret d'asil o l'estatut de refugiat, o bé que indirectament donen protecció als demandants d'asil

43. En el marc normatiu aplicable als demandants d'asil a la Unió Europea es poden identificar tres tipus de normes: (1) normes internacionals de caràcter universal que tenen per objecte específic la regulació de l'asil o el refugi, o s'hi refereixen directament; (2) normes contingudes en instruments de caràcter regional que es refereixen de forma específica a l'asil o el refugi; i (3) normes contingudes en instruments de caràcter universal o regional que, sense referir-se específicament a l'asil o el refugi o fer-ho només tangencialment, configuren el règim normatiu que els és aplicable.

Pel que fa al primer grup de normes (1), tots els estats parts en els Acords Schengen o que apliquen el seu bagatge a la Unió Europea són també parts en les mateixes condicions en el Conveni *sobre l'estatut dels refugiats*, fet a Ginebra el 28 de juliol de 1951, i en el seu Protocol addicional fet a Nova York el 31 de gener de 1967¹¹⁰. El Conveni de 1951 fa una aproximació que s'ha anomenat *universalista* al fenomen dels refugiats, perquè conté la primera definició general de *refugiat* de la història, amb una enumeració dels motius que qualifiquen una persona com a tal, i s'aparta del mètode empíric o de resolució de casos concrets de fluxos de refugiats aplicat fins aleshores¹¹¹. També forma part d'aquest primer grup, la Declaració Universal de Drets Humans de 1948, que estableix a l'article 14.1 el *dret de cercar asil i de gaudir-ne en qualsevol país* en cas de persecució.

Quant al segon grup (2), en formen part els Convenis realitzats en el marc del Consell d'Europa sobre qüestions puntuals relatives als refugiats: l'Acord europeu de 20

¹¹⁰ Conveni *sobre l'estatut dels refugiats*, fet a Ginebra el 28 de juliol de 1951. *BOE* de 21 d'octubre de 1978, núm. 252, pàgs. 24310-24328; i Protocol *sobre l'estatut dels refugiats*, fet a Nova York el 31 de gener de 1967. *BOE* de 21 d'octubre de 1978, núm. 252, pàgs. 24318-24319.

¹¹¹ Denis Alland, "Le dispositif international du droit de l'asile. Rapport général", *loc. cit.*, pàg. 36. El sistema universal per a la determinació individualitzada dels refugiats que instaura aquest Conveni i la definició de refugiat que conté han estat estudiats a bastament per la doctrina, per exemple, a Paul Weis (ed.), *The Refugee Convention, 1951. The travaux préparatoires analysed with a commentary by Dr. Paul Weis*, Cambridge International Documents Series, vol. 7, Cambridge: Cambridge University Press, 1995; *id.*, "The international protection of refugees", *loc. cit.*, pàgs. 193-221; *id.*, "La protection internationale des réfugiés", extracte de la *Revue internationale de la Croix-Rouge*, setembre-novembre 1954, Ginebra 1955, pàgs. 1-41; *id.*, "Le Statut international des Réfugiés et Apatrides", *loc. cit.*, 1956, núm. 1, pàgs. 4-71; Ivor Jackson, "The 1951 Convention relating to the Status of Refugees: A Universal Basis for Protection", *IJRL*, vol. 3, núm. 3, 1991, pàgs. 403-413; Gilbert Jaeger, "Les Nations Unies et les réfugiés"-Journée d'études "La Reconnaissance de la qualité de réfugié et l'octroi de l'asile", *RBDI*, vol. XXII, núm. 1, 1989, pàgs. 67-92; R. Sarraute, i Paul Tager, "Le nouveau statut des réfugiés (Convention de Genève du 28 juillet 1951)", *loc. cit.*, vol. XLII, núm. 2, 1953, pàgs. 245-287.

d'abril de 1959 (Núm. 31) sobre exempció de visats per als refugiats¹¹², i l'Acord europeu relatiu a la transferència de responsabilitat en relació als refugiats¹¹³, fet a Estrasburg el 16 d'octubre de 1980. També s'hi poden incloure instruments com el Conveni sobre cooperació internacional en matèria d'assistència administrativa als refugiats, fet a Basilea el 3 de setembre de 1985¹¹⁴. Fins la seva substitució per una norma de dret comunitari europeu, destacava en aquest grup el Conveni de Dublín sobre la determinació de la responsabilitat en l'examen de les demandes d'asil presentades en els estats membres de les Comunitats europees, de 1990, que va entrar en vigor l'1 de setembre de 1997¹¹⁵

Pel que fa al tercer grup (3), de caràcter regional europeu, destaca el Conveni *per a la protecció dels drets i les llibertats fonamentals* fet a Roma el 4 de novembre de 1950¹¹⁶, que tot i no contenir cap disposició relativa a l'asil o el refugi, influeix en la definició d'un estatut per als demandants d'asil, que gaudeixen per ell d'una protecció *indirecta*¹¹⁷. Com que tots els estats membres de la Unió són parts en aquest conveni, la interpretació que n'han fet els òrgans competents, especialment, el Tribunal europeu, són vinculants per a aquests. Aquest Conveni estableix un límit en l'aplicació als estrangers de les normes del bagatge Schengen i de totes les que siguin establertes a partir de la competència comunitària en matèria d'asil. De caràcter universal, destaquen els Pactes Universals de Drets Civils i Polítics, i de Drets Econòmics, Socials i Culturals, de 16 de desembre de 1966; la Convenció de les Nacions Unides *contra la tortura i altres penes o tractes cruels, inhumans o degradants* de 10 de desembre de 1984; el *Conjunt de Principis per a la protecció de totes les persones sotmeses a qualsevol forma de detenció o presó* el 9 de desembre de 1988; i el *Protocol contra el*

¹¹² *Acuerdo Europeo* de 20 de abril de 1959 (Núm. 31) sobre *exención de visados para los refugiados*, Instrument de ratificació de 2 de juny de 1982, *BOE* de 22 de juliol de 1982, núm. 174, pàgs. 19759-19760.

¹¹³ *Acuerdo europeo relativo a la transferencia de responsabilidad con respecto a los refugiados*, fet a Estrasburg el 16 d'octubre de 1980, Instrument de ratificació de 4 de maig de 1987, *BOE* núm. 176, de 24 de juliol de 1987, pàgs. 22691-22693.

¹¹⁴ *Convenio de cooperación internacional en materia de asistencia administrativa a los refugiados*, fet a Basilea el 3 de setembre de 1985, Instrument de ratificació de 29 d'abril de 1987, *BOE* d'onze de juny de 1987, pàgs. 17546-17549.

¹¹⁵ *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). Va ser signat pels estats membres de les Comunitats europees aquest mateix dia, excepte Dinamarca que ho va fer el 13 de juny de 1991. Aquest Conveni va entrar en vigor l'1 de setembre de 1997, i va ser publicat a Espanya al *BOE* d'1 d'agost de 1997, núm. 183, pàgs. 23598-23604.

¹¹⁶ *Convenio europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales*, fet a Roma el 4 de novembre de 1950, Instrument de ratificació de 4 d'octubre de 1979, *BOE* de 10 d'octubre de 1979, núm. 243, pàgs. 23564-23570.

¹¹⁷ Juan Antonio Carrillo Salcedo, "La Convention Européenne des Droits de l'Homme et le demandeur d'asile", *Le droit d'asile et les réfugiés: tendances actuelles et perspectives d'avenir. Actes du seizième Colloque de droit européen*, 15-17 de setembre de 1986, Estrasburg: Consell d'Europa, 1987, pàgs. 33-39.

tràfic il·lícit d'immigrants per terra, mar i aire, que completa la Convenció de les Nacions Unides contra la delinqüència organitzada transnacional, adoptat el 15 de novembre de 2000.

2. Significació i abast del *non refoulement*

44. Una part important de la problemàtica que actualment planteja el *dret de l'asil* és determinar l'abast de la protecció que han de rebre les persones que arriben al territori d'un estat europeu o a les seves fronteres, per sol·licitar-hi el reconeixement de l'estatut de refugiat o bé que se'ls concedeixi asil. És a dir, establir si actualment existeix en dret internacional públic un principi que obligui els estats a admetre que els *demandants d'asil* gaudeixen d'un *asil provisional* quan es troben en determinades circumstàncies, i, si de cas, quin és el seu abast i contingut.

Aquesta qüestió resulta d'una anàlisi que planteja el vincle entre l'asil i l'estatut de refugiat com una relació seqüencial, és a dir, quan es postula l'asil com a element previ essencial del refugi, i no a l'inrevés, com s'ha acostumat a fer. El problema, llavors, és establir fins a on cal arribar en la protecció d'aquells que demanen que se'ls reconegui l'estatut de refugiat o se'ls concedeixi protecció, a partir del moment que entren en contacte amb autoritats d'un estat estranger. Per analogia amb altres estatuts o formes de protecció *subsidiàries*, aquesta qüestió també sorgeix en l'espai de temps previ al reconeixement d'aquests altres estatuts o a la concessió d'una protecció especial. En definitiva, es tracta de determinar l'estatut dels demandants d'asil, i l'abast de l'*asil provisional* d'acord amb el marc normatiu actual.

Des de la perspectiva del dret internacional, la configuració d'aquesta *protecció provisional* parteix de les manifestacions de la regla o principi de *non refoulement* i de la seva evolució al llarg del temps.

Aquesta regla troba una expressió escrita en l'article 33.1 de la Convenció de Ginebra *sobre l'estatut dels refugiats* de 1951¹¹⁸, i beneficia les persones que són definides com a refugiats pel mateix Conveni, però també suposa una *resposta temporal* en l'espera d'una solució més definitiva o estable per a les persones que accedeixen a les autoritats d'un estat per demanar-hi protecció. Com s'analitzarà en el Capítol VII, el *non-refoulement* té efectes pràctics des de l'inici de la relació entre un estat d'asil i el

¹¹⁸ La regla del *non-refoulement* s'expressa de forma menys ambigua a la versió francesa de l'article 33§1 de la Convenció de Ginebra de 1951, que diu *Aucun des États contractants n'expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques.*

demandant, ja que configura la protecció *crítica* en forma d'asil, o *refugi temporal*¹¹⁹ (provisional, en la terminologia que s'utilitzarà en endavant).

L'obligatorietat de la regla de *non refoulement* contribueix a que aquesta es configuri com l'element que connecta l'asil, de caràcter essencialment discrecional, amb el respecte de principis generals de dret internacional sobre drets humans.

Quant a aquest caràcter obligatori o, més aviat a la *intensitat* d'aquest caràcter, la doctrina ha afirmat que la regla del *non-refoulement* ha esdevingut el contingut d'una norma obligatòria *erga omnes*¹²⁰; d'una norma d'*ius cogens* o norma imperativa¹²¹ que forma part del *nucli dur* de l'*ordre públic* de la comunitat internacional¹²²; i que és constitutiva d'un *principi general* de dret internacional¹²³ o del *dret de les nacions*

¹¹⁹ En aquest sentit, Louis B. Sohn i Thomas Buergenthal (eds.), *The Movement of Person Across Borders, Studies in Transnational Legal Policy*, núm. 23, Washington, D.C.: The American Society of International Law, 1992, pàg. 125. D'acord amb aquestes consideracions, Donatella Luca, "La notion de «solution» au problème des réfugiés. Un essai de définition", *Revue de Droit International et de Sciences Diplomatiques et Politiques*, 1987, pàgs. 8-9; Jean-Yves Carlier, *Droits des réfugiés*, Bruxelles: Story Scientia, 1989, pàgs. 34-36; Yasuhiko Saito, "Les droits des réfugiés", Mohammed Bedjaoui (dir.) *Droit international. Bilan et perspectives*, Tom 2, Paris: Pédone, 1991, pàgs. 1211-1212.

¹²⁰ Albert Galinsoga Jordà, "El estatuto de los refugiados en el derecho internacional contemporáneo", Pablo Antonio Fernández Sánchez (coord.), *Refugiados: derecho y solidaridad*, Sevilla: Ed. Universidad de Sevilla, 1994, pàgs. 52-53.

¹²¹ Per exemple, Héctor Gros Espiell, "Derechos humanos, derecho internacional humanitario y derecho internacional de los refugiados", Christophe Swinarski (ed.), *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge/Studies and essays on international humanitarian law and Red Cross principles, en l'honneur/in honour of Jean Pictet*, Ginebra, La Haia: Comité International de la Croix-Rouge-Martinus Nijhoff Publishers, 1984, pàg. 710. Molts dels autors que consideren que la regla del *non-refoulement* té aquest caràcter prenen per base essencial les manifestacions de l'Alta Comissaria de les Nacions Unides per als Refugiats. Per exemple les conclusions que avança l'ACNUR ja en el seu informe de 1983, quan qualifica aquesta regla de *principi bàsic que està adquirint progressivament el caràcter de norma imperativa de dret internacional (peremptory norm of international law)*, i a la Declaració de Cartagena sobre els refugiats de 1984, quan afirma en aquest sentit que "la importància i el significat del principi de *non refoulement* (inclòs la prohibició de refús en frontera) és la clau de volta de la protecció internacional dels refugiats. Aquest principi és imperatiu respecte dels refugiats i en l'estat d'evolució actual del dret internacional ha de ser acceptat i observat com a norma de *ius cogens*". Louis B. Sohn i Thomas Buergenthal (eds.), *The Movement of Persons Across Borders, op. cit.*, pàgs. 127-128.

¹²² Fernando Mariño Menéndez, "La singularidad del asilo territorial en el ordenamiento internacional y su desarrollo regional en el derecho europeo", Fernando Mariño Menéndez (ed.), *El Derecho internacional en los albores del siglo XXI. Homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa*, Madrid: Trotta, 2002, pàg. 464.

¹²³ Eberhard Jahn, veu "Refugees", *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 8, Amsterdam: Elsevier Science Publishers, 1985, pàg. 456; Gerassimos Fournalos, *Sovereignty and the Ingress of Aliens*, Stockolm: Almquist & Wiksell International, 1986, pàgs. 149 i 143; i François Julien-Laferrière, "Le traitement des réfugiés et des demandeurs d'asile au point d'entrée", *RUDH*, 1990, pàgs. 56-57. Aquest darrer considera que el principi de *non-refoulement* és un *principi general del dret internacional públic*, dels que componen el "fons comú" de regles humanitàries que el estats civilitzats han de respectar. Constatant que l'obligació derivada del *non-refoulement* és acceptada com a principi general de dret internacional tant per estats parts com no parts en la Convenció de Ginebra, Richard Plender, "The Present State of Research Carried Out by the English-speaking Section of the Centre for Studies and Research", Centre d'Étude et de Recherche de Droit international et de Relations internationales, *Le droit d'asile*, Dordrecht...: Kluwer Academic Publishers, 1989, pàg. 96.

*civilitzades*¹²⁴ de conformitat amb l'article 38 de l'estatut de la Cort Internacional de Justícia¹²⁵. En algunes ocasions, la jurisprudència interna dels estats també ha considerat la regla del *non-refoulement* com un *principi general aplicable als refugiats*¹²⁶.

45. Pel que fa a la seva naturalesa, tot i la seva expressió en textos convencionals internacionals¹²⁷, la doctrina ha considerat que aquesta regla hauria transcendit un caràcter purament convencional i s'hauria anat consolidant com una norma de dret consuetudinari o com un *principi* de dret. El desenvolupament que la noció de *non-refoulement* ha tingut, ha fet que alguns autors consideressin que era el contingut d'una norma de dret consuetudinari en formació¹²⁸, o fins i tot que s'havia constituït ja com a costum internacional¹²⁹. Els autors que defensen el caràcter consuetudinari de l'obligació de *non-refoulement* es basen en l'activitat d'organismes internacionals com l'ACNUR, les seves recomanacions i *conclusions* internacionals, però ni aquesta activitat pot ser considerada pròpiament *pràctica* dels estats, ni evidència d'*opinio iuris* (més encara tenint en compte el fracàs de la Conferència de 1977)¹³⁰.

¹²⁴ Frank E. Krenz, "The refugee as a subject of international law", *loc. cit.*, pàg. 104; Jean-Yves Carlier, *Droits des réfugiés, op. cit.*, pàg. 35.

¹²⁵ Aquesta darrera opció estaria reconeguda a la resolució de l'Acta final de la Conferència de les Nacions Unides *sobre l'estatut dels apàtrides*, que precisa que en la convenció negociada no s'ha inclòs un article equivalent a l'article 33 de la Convenció de Ginebra de 1951 sobre l'estatut dels refugiats, *ja que es considera que l'article 33 de la convenció relativa a l'estatut dels refugiats és l'expressió del principi general acceptat segons el qual cap estat expulsarà o refusarà una persona de cap manera envers les fronteres de territoris on la seva vida o la seva llibertat es trobarien amenaçades*. Jean-Yves Carlier, "Harmonisation des politiques d'asile des pays d'Europe: Les enjeux juridiques", *RDE*, núm. 69, 1992, pàg. 154-155.

¹²⁶ Conseil d'État (Fr), decisió d'1 d'abril de 1988, afer *Bereciartúa Echarri*, *Recueil Dalloz Sirey*, ch. 27, 1988, pàgs. 413-414.

¹²⁷ Article 33§1 de la Convenció de Ginebra de 1951 *sobre l'estatut dels refugiats*, i article 3 del Conveni de les Nacions Unides de 1984 *contra la tortura i altres penes o tractes inhumans o degradants*.

¹²⁸ Paul Weis, "The international protection of refugees", *loc. cit.*, pàgs. 198-199; *id.*, "La protection internationale des réfugiés", *loc. cit.*, pàg. 9. Kay Hailbronner, "Non-Refoulement and 'Humanitarian' refugees: Customary International Law or Wishful Legal Thinking?", *VJIL*, vol. 26, núm. 4, 1986, pàgs. 873-880.

¹²⁹ Els autors que consideren el *non-refoulement* com costum internacional ho justifiquen en diversos fets com que s'inclou en nombrosos textos internacionals d'abast general, en que la pràctica que implica el contingut de la regla és amplament respectada per part dels estats i, en cas contrari, aquests reben fortes crítiques i pressió internacional; i, també, en que els estats tindrien el sentiment de trobar-se davant d'una norma de caràcter obligatori. Per exemple, Frederick B. Baer, "International Refugees as political weapons", *HILJ*, vol. 37, núm. 1, 1996, pàg. 247; Guy S. Goodwin-Gill, "Non-Refoulement and the New Asylum Seekers", *VJIL*, vol. 26, núm. 4, 1986, pàgs. 899-903; D.W Greig, "The Protection of Refugees and Customary International Law", *Australian Yearbook of International Law*, 1983, pàgs. 108-414; Jean-Marie Henkaerts, "The Current Status and Content of the Prohibition of Mass Expulsion of Aliens", *HRLJ*, vol. 15, núm. 8-10, 1994, pàg. 315; Donatella Luca, "La notion de «solution» au problème des réfugiés", *loc. cit.*, pàg. 7; Louis B. Sohn i Thomas Buergenthal (eds.), *The Movement of Persons Across Borders, op. cit.*, pàg. 123; Rüdiger Wolfrum, "International Law on Migration Reconsidered Under the Challenge of New Population Movements", *GYIL*, vol. 38, 1995, pàg. 199.

¹³⁰ En aquest sentit, segons les apreciacions de Hailbronner, *the point at which the UNHCR's view of non-refoulement diverges from state practice is the point at which wishful legal thinking replaces careful factual and legal analysis. The requirements for the existence of customary international law -consistent*

Aquells que consideren que la realitat presenta només una norma de caràcter consuetudinari *en formació*, insisteixen en els poders que en matèria d'asil i refugi temporal resten en l'àmbit de competència dels estats, com la reserva tradicional d'aquests pel que fa a les condicions i procediments de concessió d'asil (en el sentit d'*asil durable*) i, es refereixen, sobretot, a que existirien certs límits a regla del *non-refoulement*¹³¹.

Amb tot, és oportú considerar que, ara per ara, en primer lloc, l'obligació de *non-refoulement* és una regla imperativa per a tots els estats parts a la Convenció de Ginebra sobre l'estatut dels refugiats¹³², atès que la pròpia Convenció (article 42.1) i el seu Protocol (article VII.1), prohibeixen la possibilitat de fer-hi reserves. En segon lloc, tenir la regla del *non-refoulement* per norma de *dret internacional general* de caràcter consuetudinari en totes les seves manifestacions, suposa passar per alt massa incerteses que impedeixen assegurar sense reserves que, com a tal, la norma ja s'hauria consolidat com a norma general de la comunitat internacional. Com que la pràctica dels estats d'abans de 1951 no era concloent per considerar que l'article 33 de la Convenció de Ginebra reflectiria o cristal·litzaria una norma de dret consuetudinari¹³³, la qüestió es planteja en termes de si la pràctica a partir d'aquella data presenta les característiques necessàries per concretar l'existència d'un costum internacional.

La disposició del *non-refoulement* continguda en l'article 33 té un caràcter normatiu i podria constituir la *base d'una regla jurídica general* (tenint en compte, a més, que no s'hi poden formular reserves¹³⁴), però, considerar que s'han assolit els altres

state practice and opinio iuris- simply are no met. Kay Hailbronner, "Non-Refoulement and 'Humanitarian' refugees: Customary International Law or Wishful Legal Thinking?", *loc. cit.*, pàg. 872. Els actes dels òrgans polítics de les Organitzacions internacionals com les recomanacions i altres suposen l'aplicació de normes de dret internacional general i, en la mesura d'això, aquesta pràctica pot proporcionar l'evidència de l'estat del dret i del significat de les regles. De tota manera, igual que passa amb la pràctica dels estats, la importància d'aquests actes i recomanacions depèn, pel que fa a la determinació de l'existència de normes de tipus consuetudinari, *de la naturalesa i de l'abast de la matèria que sigui considerada.* Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 4^a ed., Oxford: Clarendon Press, 1990, pàgs. 698-700. En aquest sentit, no es pot dir que els actes que emanen de l'ACNUR siguin del tot assimilables als d'altres organismes polítics amb una participació molt més ample i directa dels estats, on es manifesten les seves posicions, com per exemple l'Assemblea General de les Nacions Unides.

¹³¹ Kay Hailbronner, "Non-Refoulement and 'Humanitarian' refugees: Customary International Law or Wishful Legal Thinking?", *loc. cit.*, pàgs. 861-866. Aquest autor fa referència, per exemple, a les reserves d'ordre públic i seguretat nacional, i a les excepcions a la regla del no refús en cas d'afluència massiva de refugiats que es van incloure a l'article 3.2 de la *Declaració sobre l'asil territorial* de la Resolució de l'Assemblea General R 2312 (XXII) de 1967.

¹³² Elisabeth Zoller, *Le droit d'asile*, *op. cit.*, pàg. 26. E. Zoller estableix una distinció entre normes *imperatives* i normes *prohibitives* en matèria d'asil i refugi en el dret internacional, on les primeres es referirien essencialment al vessant del dret d'asil que s'inclou en la protecció dels drets fonamentals de la persona humana i, per tant, principalment tot allò que es relaciona amb el principi de *non-refoulement*, i les segones serien aquelles en virtut de les quals la concessió d'asil podria ser prohibida pel dret internacional. *Ibidem*, pàgs.22-59.

¹³³ Guy S. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law*, *op. cit.*, pàg. 97.

¹³⁴ La Cort Internacional de Justícia considera que per a que una disposició pugui esdevenir norma de dret consuetudinari ha de tenir *un caràcter fonamentalment normatiu*, i que la facultat de formular-hi

requisits de la formació del costum internacional pot suposar no prendre suficientment en consideració l'element de la pràctica dels estats, que no sembla hores d'ara general en aquest sentit. Hi ha una clara ambigüitat entre allò que els estats fan en la gestió concreta de les migracions forçoses que arriben a les seves fronteres (o prop del territori), i allò que els estat proclamen en textos que no els obliguen formalment.

En aquest sentit, per exemple, els estats parts en la Convenció de Ginebra i/o el Protocol de Nova York van afirmar en una *Declaració* adoptada el 13 de desembre de 2001 a Ginebra, en la primera *Reunió Ministerial dels Estats Parts* feta amb motiu del cinquantè aniversari de la Convenció, que la regla de *non-refoulement* tenia caràcter consuetudinari¹³⁵.

Tot i les dificultats per afirmar que la regla del *non-refoulement* ha assolit un caràcter consuetudinari i que ha de ser respectada com a tal *en tot l'abast del seu àmbit d'aplicació*, la competència dels estats sí està limitada més enllà de l'obligació lliurement assumida a l'article 33 de la Convenció de Ginebra de 1951¹³⁶, almenys, pel que fa a alguns àmbits molt concrets de la protecció dels drets de la persona humana.

46. Aquesta limitació o *delimitació* s'infereix de l'existència d'altres normes de dret internacional general com, per exemple, les que protegeixen els individus contra la tortura i tractes inhumans o degradants. El dret de les persones de no ser sotmesos a tortura o a tractes inhumans o degradants es troba formulat a l'article 3 del Conveni Europeu *per a la protecció dels Drets humans i de les Llibertats fonamentals* de 1950¹³⁷; a l'article 7 del Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics¹³⁸; i a l'article 3 de la Convenció de les Nacions Unides *contra la tortura i altres penes o tractes cruels*,

reserves dificulta que la disposició pugui constituir la base d'una regla jurídica general. Sentència de la Cort Internacional de Justícia en els *assumpes de la plataforma continental del Mar del Nord* (República Federal d'Alemanya / Dinamarca; República Federal d'Alemanya / Països Baixos), de 20 de febrer de 1969, *CIJ Rec.* 1969, § 63-64 i 72, pàgs. 38-39 i 43-44.

¹³⁵ En el paràgraf 4 del preàmbul es diu: *Aceptando la continua relevancia y adaptabilidad de este régimen internacional de derechos y principios, centrado en el principio de no-devolución (non-refoulement) cuya aplicabilidad se inserta en el derecho consuetudinario internacional (...). Declaración de los Estados partes de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el estatuto de los refugiados*, HCR/MMSP/2001/9, 16 de desembre de 2002; adoptada el 13 de desembre de 2001 a Ginebra a la *Reunión Ministerial de los Estados Partes de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, §4. En anglès, ha estat publicada a Erika Feller, Volker Türk, Frances Nicholson (eds.), *Refugee Protection in International Law. UNHCR's Global Consultations on International Protection*, *loc. cit.*, pàgs. 81-84.

¹³⁶ Guy S. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law*, *op. cit.*, pàgs. 99-100; Kay Hailbronner, "Non-Refoulement and 'Humanitarian' refugees: Customary International Law or Wishful Legal Thinking?", *loc. cit.*, pàg. 887.

¹³⁷ *Ningú pot ser sotmès a tortura ni a d'altres penes o tractaments inhumans o degradants*. Conveni europeu per a la protecció dels drets humans i les llibertats fonamentals, fet a Roma, el 4 de novembre de 1950 (entrada en vigor el 3 de setembre de 1953).

¹³⁸ *Ningú serà sotmès a tortura ni a penes o tractaments cruels, inhumans o degradants. En particular està prohibit sotmetre una persona sense el seu consentiment a un experiment mèdic o científic*.

inhumans o degradants de 1984¹³⁹, i el precepte que conté aquest dret té el caràcter de norma imperativa de dret internacional general¹⁴⁰.

La prohibició de la tortura consagrada a la Convenció de les Nacions Unides es considera que ha assolit la categoria de norma de dret internacional general per l'àmplia acceptació que va tenir el Conveni (132 estats parts) i pel grau de consens que s'ha assolit a la comunitat internacional al respecte d'aquesta qüestió en la segona meitat del segle XX. En els casos en què hi hagi motius per creure que el refús d'un demandant d'asil pogués fer que la persona seria sotmesa a tortura, aquest *refoulement* estarà prohibit per l'article 3 de Convenció de les Nacions Unides *contra la tortura i altres penes o tractes cruels, inhumans o degradants* de 1984. Aquesta prohibició de *refoulement* és, d'altra banda, una norma imperativa de dret internacional general.

Per això, un dels casos que *delimiten* el dret dels estats de refusar l'entrada en el territori, o rebutjar-ne o expulsar-ne persones estrangeres de la manera que sigui, és, precisament, quan la persona pugui ser abocada a una situació de tortura, si fent això l'estat, la persona es veïés obligada a retornar al lloc de procedència¹⁴¹.

En el context regional europeu, a més a més, la prohibició de *refoulement* de demandants d'asil atansarà també aquells casos en què la persona podria ser sotmesa a tractaments inhumans o degradants, malgrat aquests tractaments no puguin ser considerats *tortura* (bé per la intensitat del patiment; bé per la manca d'intencionalitat; bé per la manca de finalitats relatives a una confessió, un càstig, una intimidació, una

¹³⁹ 1. *Cap estat part expulsarà, refusarà o extradirà una persona envers un estat on hi ha motius seriosos per creure que corre el risc de ser sotmès a tortura.* / 2. *Per determinar si hi ha aquests motius, les autoritats competents tindran compte de totes les consideracions pertinents, incloent-hi, si és el cas, l'existència, en l'estat interessat, d'un conjunt de violacions sistemàtiques dels drets humans, greus, flagrants o massives.* Convenció contra la tortura i altres penes o tractaments cruels, inhumans o degradants, adoptada el 10 de desembre de 1984 (entrada en vigir el 26 de juny de 1986).

¹⁴⁰ Elihu Lauterpacht i Daniel Bethlehem també han considerat que també forma part del dret consuetudinari que els estats no poden *refusar, retornar o expulsar demandants d'asil de cap manera si això els duu a restar o retornar a un territori on poder acarar risc de persecució o una amenaça a la vida, integritat física o llibertat*, però en aquest cas els estats podrien evitar l'aplicació d'aquest principi si s'imposessin raons de seguretat nacional o salut pública si el risc de persecució no entrés dins de l'àmbit de principis de drets humans inderogables com ho són la prohibició de tortura o tractament o càstigs inhumans o degradants. Elihu Lauterpacht i Daniel Bethlehem, "The scope and content of the principle of *non-refoulement*: Opinion", Erika Feller, Volker Türk, Frances Nicholson (eds.), *Refugee Protection in International Law*, op. cit., pàgs. 163-164.

¹⁴¹ Quan un estat *lliura* un estranger o no evita (quan això està dins de les seves possibilitats), que una persona sigui sotmesa a tortura o tractes inhumans o degradants en un altre estat, també incorre en una violació d'aquest dret fonamental com a particip o causant indirecte. És per això que es configura un cert dret de *non-refoulement* per aquestes persones, i així ha estat interpretat, implícitament, pels òrgans de control de la Convenció Europea del 1950, sobretot la Comissió i el Tribunal europeu de Drets humans, i per diversos òrgans jurisdiccionals dels estats membres; Kay Hailbronner, "Non-Refoulement and 'Humanitarian' refugees: Customary International Law or Wishful Legal Thinking?", loc. cit., pàgs. 888-895. Kay Hailbronner va interpretar que no estava clar si aquesta regla es podia aplicar al cas de tractes inhumans o degradants de la mateixa manera que al cas de tortura [*ibidem*, pàg. 893], però la pràctica del TEDH ha dut a considerar, des de la Sentència *Soëring* de 1950 que, almenys en l'àmbit europeu, s'aplica la prohibició d'expulsió i la regla del *non-refoulement* a casos en què l'individu pugui ser sotmès a tractes inhumans o degradants en l'estat de destí.

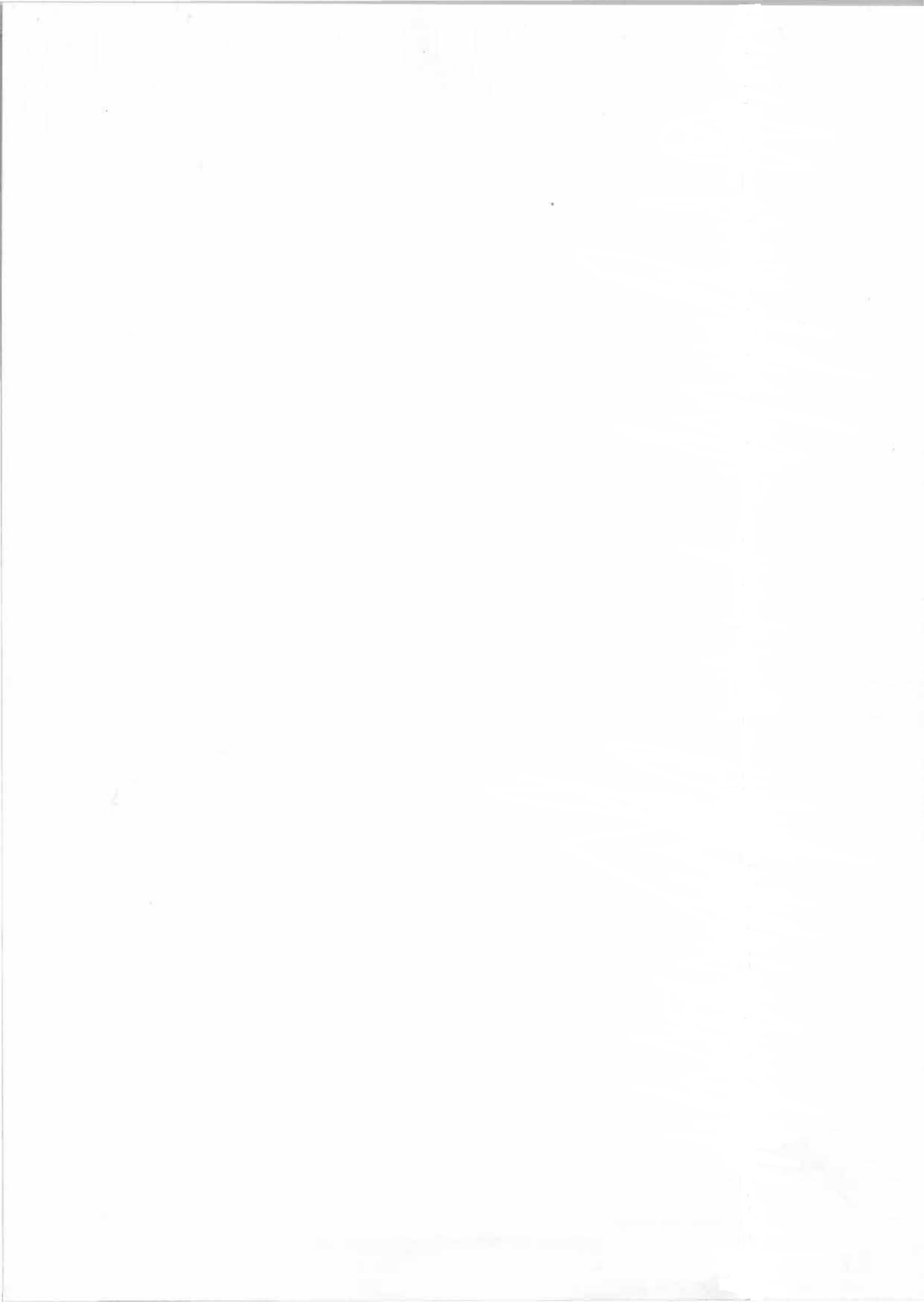
discriminació; bé perquè no es produeix per accions d'agents públics o amb el seu consentiment). Aquesta ampliació de l'abast del *non-refoulement* en el cas europeu es deriva de la prohibició de patir tortura o altres penes o tractaments inhumans o degradants establerta a l'article 3 del Conveni Europeu *per a la protecció dels Drets humans i de les Llibertats fonamentals* de 1950, i de la interpretació que n'han fet els òrgans de garantia, especialment el Tribunal Europeu per a la protecció dels drets humans, com a una prohibició *absoluta*.

El dret de no ser sotmès a tortura ni a altres penes o tractaments inhumans o degradants no pot ser assimilat al dret de no ser sotmès a *persecució* en el sentit de la Convenció de Ginebra, però sí que hi ha entre ells un àmbit de confluència. La combinació dels drets humans fonamentals de la persona amb la Convenció de Ginebra i, especialment, amb la regla de *non-refoulement* fa que aquesta regla transcendeixi el seu caràcter convencional i esdevingui a més, una norma de dret internacional general, al menys en el cas de la prohibició de tortura en el sentit estricte, que és el que contempla la Convenció de les Nacions Unides de 1984 (intensitat del patiment, intencionalitat, finalitat i responsabilitat o connivència d'autoritats públiques).

La interpenetració del Dret dels drets humans en el Dret del refugi té com a conseqüències que la protecció dels refugiats sigui clarament superior a la que es configurava segons el règim específicament aplicable als refugiats. La prohibició d'enviar una persona a un país a on hi ha un risc seriós que la persona sigui sotmesa a tortura coincideix a bastament amb una de les manifestacions possibles del *non-refoulement*, malgrat el concepte de persecució és més ampli que el de tortura. Per això, la regla segons la qual un refugiat o demandant d'asil no pot ser refusat a llocs on podria patir tortura és una norma consuetudinària de dret internacional general i imperativa o *inderogable*¹⁴².

Aquesta concepció respecte d'una regla expressada convencionalment, que la interpreta a través del paràmetre de la protecció dels drets humans és, d'altra banda, percebuda legítima, cosa que avala la seva consideració com a norma d'abast general.

¹⁴² Jean-François Flauss, "Les droits de l'homme et la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés", Vincent Chetail et Jean-François Flauss (eds.), *La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés 50 ans après: Bilan et perspectives*, Brussel·les: Bruylant, 2001, pàg. 117.



CAPÍTOL II LES TRANSFORMACIONS EN ELS FENÒMENS DE FLUXOS MIGRATORIS FORÇOSOS POSTERIORIS A LES DUES GUERRES MUNDIALS A EUROPA

47. Els fluxos de refugiats i demandants d'asil i, en general, les migracions forçoses, han variat molt des de la celebració de la Convenció de Ginebra de 1951. Això ha fet que les respostes que dona aquest instrument, juntament amb el Protocol de Nova York que el va modificar l'any 1967, ja no siguin mitjans suficients per acarar els nous reptes.

D'altra banda, en els darrers anys, a la Unió Europea s'han produït dos fenòmens, en part contradictoris, que es desenvoluparan en altre parts d'aquest treball: la creació d'un *espai de llibertat, seguretat i justícia*, acompanyat d'una ciutadania de la Unió que proporciona drets de lliure circulació als nacionals dels estats membres; i el quasi segellament de les fronteres exteriors, que fa que cada cop sigui més difícil l'accés al territori comú o espai Schengen.

La dinàmica de tancament de les fronteres comporta que no hi hagi canals per ordenar la immigració econòmica a nivell comunitari, i que es restringeixin cada cop més les oportunitat de demandar asil en un dels estats membres. Les mancances en la gestió de la immigració de caràcter essencialment econòmic, es deriven de les polítiques d'immigració zero desenvolupades pels estats a partir dels anys setanta, amb les primeres crisis econòmiques importants ocorregudes després de la segona Guerra mundial.

La restricció de les possibilitats de demanar asil obeeix a la combinació de diversos factors: per un costat, es deriva de la concepció de les migracions en general, com a indiferenciades i com que posen en joc la seguretat dels estats. No es distingeix entre les migracions forçoses i voluntàries, i es fa una confusió còmode, com expressa Olivier Longué, *sàviament construïda i manipulada, però inhumana, no només perquè trenca amb la llarga tradició occidental i humanista d'acollir els perseguits, sinó (perquè) que nega el dret a una nova existència*.¹ Per l'altre, es deriva de la percepció que les demandes d'asil han augmentat en els darrers anys a Europa, i de la por que els estats europeus es converteixin, com a conseqüència d'això, en terra d'acollida per a persones que, en definitiva, es creu que *abusen* dels procediments d'asil.

El capítol següent (III) tractarà de la perspectiva de la seguretat aplicada a les migracions forçoses. Aquest capítol es dedicarà a analitzar els canvis recents dels fenòmens migratoris (A.), i algunes qüestions de fet (B.) sobre la gestió de l'asil. Amb

¹ Olivier Longué, *Huir para vivir. La libertad de los refugiados en un mundo global* (adaptació Francesa Galimberti Price), Barcelona: Icaria editorial, 2003, pàgs. 66-67.

l'ajut de gràfics es veurà l'evolució del nombre de demandes d'asil rebudes en els darrers anys a la Unió Europea, així com de la concessió de protecció per part dels estats membres.

A. ELS CANVIS RECENTS EN ELS FENÒMENS MIGRATORIS

48. Resulta un fet incontrovertit que les migracions humanes han existit sempre en diferents graus i intensitats, provocades per motius i aspiracions personals i col·lectives diverses². Tot i això, continua essent difícil identificar els factors i les dinàmiques que les originen. Les migracions internacionals són un fenomen que abasta molts tipus de desplaçaments amb causes i conseqüències molt diferents, car cada classe de migració suposa una miríada de formes específiques i pautes de desplaçament³.

Gran part de la literatura defensa que cada migració està tant determinada pel seu context i per les seves especificitats, que difícilment poden establir-se pautes explicatives generals, o tendències extrapolables a diferents fenòmens. De fet, fins i tot en casos específics és difícil identificar els factors que determinen que es produeixi una migració, o com es desenvolupa. Cada migració és, en aquest sentit, *el resultat de circumstàncies específiques de temps i lloc*⁴.

Actualment els processos o *condicions* amb què *interactuen* les migracions internacionals segueixen dinàmiques de canvi constant. L'economia política internacional és més complexa i està més diversificada, i això condiciona els reptes que aquests moviments de població plantegen, inclosa la protecció dels refugiats⁵.

Les migracions forçoses de refugiats i demandants d'asil són un tipus específic de moviments de població que no poden aïllar-se completament de la resta de migracions que es produeixen en un temps, en una àrea geogràfica i en un context polític, social i econòmic determinats. En aquest sentit, llavors, resulta interessant esbrinar quins elements diferencien les migracions que s'han produït els darrers anys a Europa i, concretament, què caracteritza les migracions forçoses de refugiats i demandants d'asil. Això també proporcionarà elements per respondre a la qüestió de si la percepció creixent que l'arribada

² *International migration is a constant, not an aberration in human history*. Stephen Castles, Mark J. Miller, *The Age of Migration. International Population Movements in the Modern World*, 2^a ed., Londres: Macmillan Press LTD, 1998, pàg. 283.

³ Sarah Collinson, *Globalisation and the dynamics of international migration: implications for the refugee regime*, Refworld-UNHCR Working Papers, *New Issues in Refugee Research*, Working Paper No.1, maig de 1999, pàg. 2/22.

⁴ Saskia Sassen, *¿Perdiendo el control? La soberanía en la era de la globalización* (traducció de Joaquín Monclús), Barcelona: Edicions Bellaterra, 2001, pàg. 87.

⁵ Sarah Collinson, *Globalisation and the dynamics of international migration: implications for the refugee regime*, *loc. cit.*, pàg. 2.

d'aquest tipus de migrants forçosos ha augmentat de forma important en els darrers temps a la Unió Europea, es justifica a partir de fets contrastables.

1. La transformació de les migracions internacionals i de les migracions forçoses

49. ELS CANVIS DELS MOVIMENTS MIGRATORIS COL·LECTIUS I LES CAUSES DE LES MIGRACIONS MASSIVES. En els darrers vint anys, les migracions internacionals, incloent-hi les migracions forçoses, s'han transformat quantitativament i qualitativa⁶. Es calcula que en les dues darreres dècades l'augment de la immigració ha vorejat el 150%, i que la taxa d'immigració mundial, és a dir el nombre de migrants en percentatge de la població mundial s'hauria duplicat. A començaments del segle XXI aproximadament 150 milions de persones, el 2,5% de la població mundial, es troben fora del lloc on han nascut.

Els factors de mobilització actual són principalment derivats de problemes estructurals i del desnivell de desenvolupament, potenciats pel procés de globalització actual. Klaus Bade considera que el fenomen migratori mundial està impulsat, en primer lloc, per la combinació d'un fort creixement demogràfic i una oferta de treball estancada o decreixent en l'hemisferi sud, que, juntament amb la crisi dels cultius agrícoles, provoca un desplaçament de la població rural empobrida, principalment, cap a les ciutats. En segon lloc, per les destruccions del medi ambient provocades pel clima i per l'acció humana, que fan que l'espai vital d'uns 135 milions de persones estigui avui dia greument amenaçat, en particular per la desertització, i que condueix a una escassetat de subministraments bàsica, com aigua, energia i aliments. En tercer lloc, per l'agreuament dels desnivells globals i regionals quant al nivell de desenvolupament, que han augmentat amb la liberalització dels moviments de capital, i de les relacions de producció i de mercat en el marc de la globalització. I, en quart lloc, per les tensions i els conflictes actuals i potencials entre diferents grups de població de les regions d'origen⁷.

50. LA PERSPECTIVA D'ANÀLISI DELS FENOMENS MIGRATORIS FORÇOSOS: ENTRE L'ASIL I L'EXILI. Els fenòmens d'èxode no són fenòmens nous en ells mateixos, però sí que en els darrers temps han assolit un abast molt més gran i responen a uns trets comuns que els qualifiquen, essencialment pel seu caràcter titllat de *massiu*. La forma en què han estat considerats aquests moviments col·lectius de persones també ha sofert canvis importants. Gervase Coles exposa aquest canvi en la perspectiva que es general s'adopta sobre aquestes qüestions en un informe de maig de 1992 *Facing the Problem of Mass Movement Today*.

⁶ Un descripció viscuda de les transformacions de les migracions forçoses en la darrera dècada es troba, per exemple, a Arthur C. Helton, *The Price of Indifference. Refugees and Humanitarian Action in the New Century*, Oxford: Oxford University Press, 2002, pàgs. 18-29.

⁷ Klaus J. Bade, *Europa en movimiento. Las migraciones desde finales del siglo XVIII hasta nuestros días* (traducció de Mercedes García Garmilla), Barcelona: Crítica, 2003, pàgs. 360-367.

Segons aquest autor, tradicionalment la naturalesa del problema s'observava des de la perspectiva de les dificultats creades pels moviments massius en el estat de rebuda. La situació en l'estat d'origen i els drets dels seus nacionals respecte d'ell eren considerats aspectes aliens a la problemàtica del moviment massiu de persones, com a qüestions de caràcter *polític* que havien de ser considerades a part de la qüestió humanitària i l'asil⁸. Aquesta *aproximació tradicional*, compartida essencialment pels estats occidentals, no abastava una dimensió preventiva ni tampoc el concepte de la separació involuntària de l'individu del país de la nacionalitat. En aquest sentit, es partia de la perspectiva limitada de la solució *externa*, sense tenir en compte les causes de la fugida, i la qüestió principal en els moviments forçosos de caràcter internacional esdevenia l'actitud i responsabilitat de l'estat de rebuda. El focus de la problemàtica es posa en l'*asil* i no en l'*exili* de la persona⁹.

L'augment dels fenòmens relatius a moviments de població i l'arribada progressiva d'un major nombre de demandants d'asil que provenien dels estats menys desenvolupats entorn dels anys setanta va provocar un canvi de perspectiva en el pensament occidental sobre la veritable naturalesa del problema i, conseqüentment, dels plantejaments per a la seva solució. Seguint Coles, darrera aquest canvi, es trobava la convicció creixent que en les noves circumstàncies dels moviments migratoris Nord-Sud, el dret internacional i la cooperació entre els estats de rebuda i els estats d'origen s'haurien de desenvolupar després que, a més, hagués desaparegut l'interès econòmic i polític en rebre migrants per part dels estats *del Nord*. La consideració de la naturalesa del problema i la seva solució canvia, i les migracions forçoses plantejades només com a un qüestió de seguretat internacional va passar a ser observades com a un tema bàsicament de drets humans, que afectava la seguretat en la mesura que la violació d'aquests es produïa a gran escala¹⁰. Es va recuperar la perspectiva que partia de la fugida *involuntària* del país d'origen i l'*exili*, més enllà de la que parteix exclusivament de l'asil, i de la consideració de la qüestió des de la dimensió relativa als drets humans i no bàsicament relacionada amb la pau i seguretat¹¹.

51. APUNTS SOBRE LES CAUSES DELS MOVIMENTS FORÇOSOS. La incorporació de la qüestió de les migracions forçoses o involuntàries massives dins el marc general de la protecció de

⁸ Gervase Coles, *Facing the Problem of Mass Movement Today*, presentat a la "Joint ILO-UNHCR Meeting On International Aid As A Means To Reduce The Need For Emigration", Ginebra, United Nations High Commissioner for Refugees, maig de 1992, pàgs. 17-25.

⁹ *Ibidem*, pàgs. 18-19.

¹⁰ *Ibidem*, pàg. 20.

¹¹ *In conclusion, the problem of coerced movement is now no longer being seen, as it was in the past, in an optic limited largely to the situation within a receiving country and in relation, principally, to the principles of non-refoulement and asylum, fundamental as these principles remain in relation to the exceptional situation of coerced movement, but it is now being seen in a larger optic which includes the situation within a country of origin and in relation to the rights generally of the persons concerned as well as to the related principle of state responsibility. The implication of this perception of the problem for the approach to mass coerced movement are still in the process of being worked out, but a radically new approach is emerging and the present time is one of transition and chance. Essentially this new approach is integrating refugee policy and law into the general body of human rights. Ibidem, pàg. 25.*

drets humans de les persones que en són parts, i l'enfocament sobre la responsabilitat dels estats d'origen comporta una percepció de les causes i les possibles solucions a la problemàtica que presenten des de la consideració de la garantia d'aquests drets. Pel que fa a les causes dels fenòmens de migració massiva de persones, condicionants inevitables de la recerca de solucions, des de diferents instàncies s'identifica la violació greu i sistemàtica de drets humans i llibertats fonamentals.

L'estudi que va realitzar Sadruddin Aga Khan l'any 1982 per encàrrec de la Comissió de drets humans tenia precisament per objecte determinar la relació entre drets humans i èxodes humans. En ell s'exposava com els estats en abús de poder bé expulsen directament certes comunitats, bé institucionalitzen discriminacions econòmiques o racials, de tal manera que parts de la població no puguin continuar vivint en el país on residien habitualment. L'estudi, limitat pel que feia al seu objecte, va considerar la violació de les disposicions de la Declaració Universal de drets humans com a una part important dels *factors interns d'incitació a la fugida* que, combinats amb altres elements, comporten un trencament del *contracte social* de forma temporal o permanent i la impulsió a escapar del país d'origen¹².

Gervase Coles distingeix entre les causes *remotes o de soca-rel*, i les causes *pròximes o immediates* que comporten la fugida massiva de persones d'un país, des d'una perspectiva ampla i no limitada a un tipus de raons determinades¹³. Resulta evident que les causes directes o *immediates* de la fugida massiva involuntària de persones dels seus països són situacions greus de desordre i violència, conflictes interns i internacionals, que provoquen en els seus moments de màxima intensitat fugides sobtades i massives de sectors de la població o de col·lectius especialment estigmatitzats. També ha estat posat en relleu com la majoria dels desplaçaments involuntaris massius estan causats per violacions sistemàtiques del Dret humanitari i de drets humans, i que les persones civils en els conflictes, sovint es converteixen en objectius militars i són utilitzades com a eines per a la guerra, i forçades a abandonar les seves llars¹⁴. En aquests casos, i també quan la fugida té el seu origen en fenòmens de persecució indiscriminada els seus subjectes són persones que tenen necessitat de protecció i, per aquest mateix motiu, mancats de l'empara que normalment ofereix l'estat de la nacionalitat, estan qualificats per ser beneficiaris de

¹² Sadruddin Aga Khan (Rapporteur spécial), *Les droits de l'homme et les exodes massifs. Question de la violation des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou qu'elle se produise dans le monde, en particulier dans les pays et territoires coloniaux et dépendants*, E/CN.4/1503, 17 de febrer de 1982, pàgs. 20-27. Segons aquest autor tot un conjunt de factors econòmics, socials i polítics que s'afegeixen a la manca de sortides econòmiques per a una població cada cop més nombrosa té per conseqüència gairebé inevitable la revolta i desestabilització política que desencadena el desarrelament de certs col·lectius de la població.

¹³ Gervase Coles, *Facing the Problem of Mass Movement Today*, op. cit., pàgs. 40-51.

¹⁴ CDDH, (53^a sessió), *Further promotion and encouragement of Human Rights and Fundamental Freedoms, including the question of the programme and methods of work of the Commission. Human Rights, Mass Exoduses and Displaced persons. HUMAN RIGHTS AND MASS EXODUSES. Report of the High Commissioner for Human Rights*, E/CN.4/1997/42, 14 de gener de 1997, § 9 i 120; Sadako Ogata, "The Challenge of Forced Human Displacement Today" *Second Van Heuven Goedhart Lecture*, La Haia, 1 de setembre de 1998, *Speeches of the High Commissioner*.

protecció internacional. Com posa en relleu Coles, la identificació de la naturalesa de l'element coercitiu pot ser complexa en situacions de conflicte armat; les situacions de perill són de molts diferents tipus en cas de violació de drets humans greus i massives que poden afegir-se a conflictes i disturbis interns. En aquest casos, el perill pot provenir d'actes de violència incontrolada i produir-se una deterioració greu i general de les condicions socials, econòmiques i físiques en un país o una zona determinats¹⁵. L'aproximació tradicional al concepte de *persecució* deixa de ser útil en el cas de fenòmens de moviments massius de població que reuneixen tant persones que fugen d'actes de *persecució* individualitzada, com qui fuig de situacions generalitzades de violència i altres formes greus de perill.

L'existència en un moment donat d'aquestes condicions, la seva gravetat i abast, no obstant, responen a una situació durable en el temps on es poden identificar *causes remotas o de socarrel*. Gervase Coles identifica entre aquestes, en primer lloc, i com a causa difusa però existent, l'existència d'una certa crisi de la responsabilitat humana en l'actualitat, acompanyada d'una crisi de la pròpia identitat humana: la falta de respecte en relació a l'alteritat, els individus, les col·lectivitats i els pobles condueixen a violacions de drets humans i de *consideracions elementals d'humanitat*, a desigualtats, violència, opressió, intolerància, discriminació per raons ètniques, de nacionalitat, de sexe..., a l'aparició de situacions extremes de pobresa i desigualtat social, i, en definitiva, al trencament de les relacions socials i la confiança a tots nivells¹⁶. Els problemes relatius a una certa *crisi de civilització* s'identifiquen de forma general a tot arreu, i també al nivell dels àmbits de detenció de poder, però tenen conseqüències específiques de fugida massiva en determinades zones geogràfiques on conflueixen a més diferents factors de naturalesa econòmica, social, política i ecològica¹⁷.

Els problemes estructurals de desenvolupament econòmic i social juntament amb l'absència de garantia dels drets civils i polítics, i la degradació de les condicions ambientals, condueix a l'aparició de fenòmens que directament aboquen a la fugida massiva dels països d'origen. També com a causes últimes s'identifica la rivalitat internacional entre estats que ha conduït a la imposició de condicions d'existència marginal.

52. L'EVOLUCIÓ DE LES MIGRACIONS A EUROPA EN EL DARRER SEGLE. Des de l'inici de la guerra freda, a Europa s'han produït diferents processos migratoris. Juan J. Dolado i Cristina Fernández-Yusta distingeixen tres fases d'immigració a Europa a partir d'aquest període.

¹⁵ Gervase Coles, *Facing the Problem of Mass Movement Today*, op. cit., pàg. 46.

¹⁶ *Ibidem*, pàgs. 40-46.

¹⁷ Aquesta qüestió ha estat estudiada des de la filosofia política, per exemple, per Pietro Barcellona, a *Postmodernidad y Comunidad*, 2^a ed., Madrid: Trotta, 1996; amb un missatge optimista destaca la part IV.3 "Pensar la alteridad", pàgs. 115-119; també sobre aquesta qüestió, del mateix autor, *El individualismo propietario*, Madrid: Trotta, 1996; i Juan Ramón Capella, "Apuntes de principio y método para la reflexión política en el fin del milenio", *Entre sueños. Ensayos de filosofía política*, Barcelona: Icaria Editorial, 1985, pàgs. 173-197.

La primera aniria des de la fi de la segona Guerra mundial fins a la primera crisi del petroli, i se'n destacarien les migracions causades per la mateixa guerra, que afectaren vint milions de persones, pels processos de descolonització, sobretot de França i del Regne Unit, i per la manca de mà d'obra en els anys cinquanta. La segona començaria amb la recessió econòmica de mitjans dels setanta fins les acaballes dels vuitanta, quan l'atur en els països de l'Europa occidental estava en augment i es va produir un procés de convergència de la renda per càpita dels països del sud d'Europa, fenòmens que van fer que es reduís l'emigració d'aquests darrers alhora que els estats mediterranis es convertiren en llocs de destí dels emigrants africans i asiàtics. I, finalment, la tercera fase seria aquella que comença amb la caiguda del mur de Berlín i el desmembrament de l'ex-URSS i els règims comunistes europeus, que va provocar un augment de la immigració provenint dels Països de l'Europa Central i Oriental (PPECO)¹⁸.

Els fenòmens que s'esdevingueren a la segona fase van produir una modificació i diversificació de les migracions i van determinar una nova aproximació a aquestes per part dels estats europeus, que es va confirmar en la fase següent. Augmentaren els fluxos provenint d'Àfrica i Àsia, els quals afectaven primerament els països mediterranis del sud¹⁹ i, després dels canvis polítics i socials a l'est d'Europa, començà a produir-se una migració procedent d'aquesta àrea cap a la franja de països fronterers del nord de la Unió Europea²⁰.

¹⁸ Juan J Dolado, Cristina Fernández-Yusta, "Los nuevos fenómenos migratorios: retos y políticas", treball presentat a la 4ª jornada del CREI (Centre de Recerca en Economia Internacional. Generalitat de Catalunya-Universitat Pompeu Fabra) *Nuevas Fronteras de la Política Económica*, setembre de 2001, pàgs. 11-12/44. Una visió global dels moviments migratoris a Europa des de l'acabament de la segona Guerra mundial es pot trobar al Capítol 4 del llibre de Sarah Collinson, *Europe and International Migration*, London, New York: Pinter Publishers, 1994, pàgs. 43-63. També, Jacques Barou, *Europe, terre d'immigration. Flux migratoires et intégration*, Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble, 2001, especialment, capítol III, "De l'affirmation d'une fonction d'accueil aux pressions migratoires. Pays de départ et pays d'accueil", pàgs. 39-54; Van der Brink (ponent), *Informe de la Comisión de Libertades Públicas y de Asuntos Interiores sobre la política europea de inmigración*, de 2 d'octubre de 1992, *Parlamento europeo. Documentos de sesión*, A3-0280/92, pàg. 9; C.A. Groenendijk, "Contrôle de l'immigration en Europe: moyens, effets et craintes", *RDE*, núm. 55, 1989, pàg. 223; i Michael Hasenau, "Changing Features of Economic Migration and International Law", *GYIL*, vol. 38, 1995, pàgs. 208-223.

¹⁹ Pel que fa al cas d'Espanya, Antonio Izquierdo Escribano, *La inmigración inesperada. La población extranjera en España (1991-1995)*, Madrid: Trotta, 1996, especialment el Capítol 12 "España como país de acogida", pàgs. 231-236. Per a una descripció de la immigració més recent a Espanya, *id.*, "Epílogo. La política hacia dentro o el sistema de inmigración irregular en España", a Saskia Sassen, *¿Perdiendo el control? La soberanía en la era de la globalización*, *op. cit.*, pàgs. 107-137. Quant al cas específic de Catalunya, país en què les migracions han actuat al llarg del segle XX com a fenomen *estructurador*, i on les migracions a partir de mitjans dels anys vuitanta canvien de procedència, ja que deixen de provenir de la resta de l'estat espanyol i passen a estar formades en nombre creixent per persones que venen del Nord d'Àfrica i de països del Sud del continent americà, Andreu Domingo, Raquel Osàcar, "Apunts sobre la immigració a Catalunya al segle XX", *L'Avenç*, núm. 226, juny de 1998, pàgs. 24-29.

²⁰ Els fluxos migratoris provenint dels països de l'Est després que es produïssin els canvis polítics i socials dels anys vuitanta han estat profusament comentats i estudiats, per exemple: Jean-Claude Chesnais, "Immigrés: la ruée vers l'Ouest", *Politique Internationale*, núm. 51, 1991, pàgs. 371-385; *id.*, "La emigración de Europa central y oriental: tendencias e intereses en juego", *Política Exterior*, vol. VI, núm. 27, 1992, pàgs. 40-56; *id.*, *Europa escenario de la inmigración del Este*, Barcelona: Fundación Paulino Torras Domènech, 1991.

En paral·lel a aquests canvis, a partir dels anys vuitanta del segle XX es començà a treballar per a l'aprofundiment de les llibertats de circulació en l'espai intracomunitari i per a la realització del mercat únic, que es preveia per a l'any 1992. Des d'aquesta perspectiva, es començà a plantejar la necessitat d'acarar els diferents aspectes problemàtics que presentaven les migracions en els estats europeus. L'eliminació dels obstacles a la llibertat de circulació, però, no van suposar un incentiu suficient per als nacionals dels estats membres per exercir el seu dret d'emigrar, i va revelar-se insuficient per ella mateixa per estimular la migració intracomunitària²¹. Mentrestant, els països del Sud d'Europa van anar esdevenint llocs de destí cada cop més importants per als immigrants no comunitaris, en part, perquè es veien com a vies d'entrada que havien de permetre una mobilitat dins de l'espai europeu.

53. En el context de la Unió europea, des d'aquells anys, en les qüestions relatives a la llibertat de circulació de les persones s'ha anat avançant en dues direccions oposades: per un costat, en el sentit *liberal*, s'opta per afavorir la llibertat d'anar i venir i la no discriminació entre els nacionals dels estats parts i, per l'altra, des d'una aproximació *identitària*, s'implanten polítiques d'exclusió per als immigrants que provenen de tercers estats²². Els estats van iniciar a començaments dels anys noranta formes de cooperació europea sobre immigració en fòrums intergovernamentals en base a les seves pròpies polítiques d'exclusió, però, ni després de la transferència parcial de competència a la Comunitat hi ha hagut una gestió veritablement *comuna* de la immigració a la Unió Europea²³.

Les polítiques d'immigració s'han anat fent cada cop més restrictives, creix la preocupació respecte dels fluxos d'immigració il·legal, entre els quals s'inclouen tots aquells supòsits en què es considera que hi ha un *abús* de les vies d'accedir a una protecció o asil en el territori, i es fomenta una espècie de *sospita col·lectiva* respecte dels refugiats. Europa es troba en un context econòmic de remissió del creixement, que crea atur, i on prevalen el sector terciari i les transformacions tecnològiques de l'activitat industrial, que requereixen treballadors amb certs coneixements i formació tècnica²⁴.

²¹ Paul Craig, Gráinne de Burca (ed.) *The Evolution of EU Law*, Oxford: Oxford University Press, 1999, pàg. 390.

²² Sobre com van anar desenvolupant-se aquestes dues vessants separatament, Mehmet Ugur, "Libertad de circulación *versus* exclusión: una reinterpretación de la división «propio-extraño» en la Unión Europea", Graciela Malgesini (comp.) *Cruzando fronteras. Migraciones en el sistema mundial*, Barcelona: Icaria-Fundación Hogar del Empleado, 1998, pàgs. 289-335.

²³ L'evolució de les polítiques europees sobre immigració en base al binomi inclusió-exclusió es descriu, per exemple, a Christina Boswell, *European Migration Policies in Flux. Changing Patterns of Inclusion and Exclusion*, Londres, Oxford: The Royal Institute of International Affairs-Blackwell Publishing Ltd, 2003.

²⁴ Diego López Garrido, *El derecho de asilo*, Madrid: Trotta, 1991, pàg. 180. Com posa de manifest Claude Gueydan, la modificació dels moviments migratoris d'aquesta època també té per causa la relativa prosperitat econòmica induïda per la dinàmica comunitària i la realització progressiva de la lliure circulació de treballadors a l'interior de la comunitat, que funciona com un *factor d'atracció*. Claude Gueydan. "La politique migratoire de la Communauté économique européenne", Maurice Flory, Rosalyn Higgins, *Liberté*

Fora de la Comunitat es produeixen esdeveniments que provoquen un interès per a moltes persones de cercar arreu una millora legítima de la situació econòmica²⁵ i, també, migracions *forçoses* per una barreja de motius socials, econòmics i polítics²⁶ que creen una *necessitat de protecció* per part de refugiats, en el sentit estricte, o que es fonamenta en un grau de violència anàleg al que produeix refugiats.

L'evolució de la política supranacional europea, que en el sentit identitari es consolida a partir de la creació d'una ciutadania de la Unió exclusiva per als nacionals dels estats membres, no respon, però, ni exclusivament ni principal a qüestions internes com la instauració d'un mercat interior. Des dels inicis de la *segona etapa* de migracions recents a Europa, segons l'evolució descrita anteriorment, ja pels volts dels anys setanta, els estats europeus van reaccionar davant la crisi econòmica mundial amb mesures proteccionistes que suposaren el tancament de les fronteres exteriors, i l'impediment dels fluxos de treballadors migrants. Això va contribuir a crear una certa *confusió* entre l'entrada d'estrangers en el territori com a immigrants econòmics, o amb la intenció primera de cercar feina, i l'accés en tant que refugiats o sol·licitant d'asil.

Les polítiques migratòries dels estats europeus van propiciar que s'establís un vincle entre la immigració en sentit ampli i l'*asil*, que va conduir a que es considerés que el recurs creixent a aquest darrer, el convertia en una via paral·lela però *legal* d'immigració²⁷, cosa que va contribuir a crear l'estereotip de demandant d'asil com a persona que presumiblement prova d'abusar de sistemes *nacionals* de protecció social²⁸.

Des de la implementació d'aquestes mesures, les principals vies d'entrada en els països de la Unió Europea van començar a ser la reunificació familiar (es calcula que avui dia el 50% dels permisos de residència es concedeixen en base a aquesta), l'asil o migració per raons humanitàries, i la immigració il·legal²⁹.

de circulation des personnes en droit international, Paris: Economica, 1988, pàg. 129.

²⁵ És errònia, en aquest sentit, la impressió que en general venen a Europa els *refugiats de la pobresa*, ja que els més pobres entre els pobres no tenen ni la informació ni els mitjans per fugir. Qui arriba a les nostres fronteres acostumen a ser persones que temen que la pobresa els atansi i, per això, es podria dir que, en termes relatius, en molts casos es tracta d'una *migració d'èlits*. Klaus J. Bade, *Europa en movimiento*, loc. cit., pàg. 363.

²⁶ Comissió de les Comunitats Europees, *Inmigración y empleo*, SEC (92) 955, Brussel·les, 7 de maig de 1992, pàg. 3. En una anàlisi comparativa de les diferents tendències i tipus d'immigració entre els anys 50 i 80, ha estat demostrat com Europa esdevé un focus d'immigració molt important vers els anys 70, que es manté per a les persones que provenen sobretot de països africans. John Salt, "A Comparative Overview of International Trends and Types. 1950-1980", *IMR*, vol. XXIII, núm. 3, 1989, pàgs. 431-455.

²⁷ CseE, *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la inmigración*, SEC (91) 1855 final, Brussel·les, 23 d'octubre de 1991, pàg. 6.

²⁸ A això també hi ha contribuït durant molt de temps la incapacitat dels estats de retornar els demandants d'asil refusats que han tendit a *esvair-se i esdevenir estrangers en situació il·legal* en el país; Slobodan Djajić, "Illegal immigration trends, policies and economic effects", Slobodan Djajić (ed.), *International Migration. Trends, policies and economic impact*, Londres, Nova York: Routledge, 2001, pàg. 145.

²⁹ Grup Ad Hoc Immigració, *Rapport des Ministres de l'Immigration au Conseil européen de Maastricht sur la politique d'immigration et d'asile*, SN 4038/91 WGI 930, Brussel·les, 3 de desembre de 1991, Annex,

De tota manera, la fi de les polítiques favorables a la immigració de mà d'obra necessària per a un sistema econòmic que va entrar en franca recessió a mitjans dels setanta, el tancament de les fronteres a la immigració i el postulat de la *immigració zero*, no van comportar la fi de les migracions, sinó en tot cas la seva *transformació*³⁰. Els canvis en les polítiques relatives a la immigració no van aturar els fluxos migratoris en els grans països d'immigració, França, Alemanya i el Regne Unit, per més que varen fer els diferents governs, i per més que les mesures adoptades a partir dels acords de Schengen reforcessin els controls a les fronteres i les polítiques dissuasives. Els fluxos, en tot cas, van canviar de naturalesa, ja que des d'aleshores es canalitzen en major mesura amb demandes de reunificació familiar i de protecció humanitària o sol·licituds d'asil. El *perfil* dels immigrants certament ha canviat³¹, però més com a conseqüència de les restriccions en les vies d'accés al territori per part dels estats europeus, que no pas perquè s'hagi produït un canvi substancial, malgrat els conflictes, en la situació de les persones que cerquen establir-se arreu.

54. Els trets que caracteritzen les tendències en les migracions contemporànies, que formen ja part d'una nova *era de migracions* que tot just hauria començat, segons Stephen Castles i Mark J. Miller, serien els següents. Primer, la *globalització de la migració*, en el sentit que cada cop més estats d'origen i de rebuda es veuen afectats per fenòmens migratoris de diferents tipus. Segon, l'*acceleració de la migració*, ja que el volum total de les migracions augmenta en la majoria de regions, cosa que planteja apressants problemes de gestió. Tercer, la *diferenciació de la migració*, car la majoria d'estats es veuen afectats per diferents tipus de migracions, que a vegades formen part d'una mateixa *cadena migratòria* que es va transformant ràpidament per motius diversos. Quart, la *feminització de la migració*, que augmenta des dels anys setanta i que ha fet que les migracions provenint d'algunes regions siguin fins i tot majoritàriament formades per dones. I, cinquè, la creixent *politització de la migració*, per la que les migracions internacionals han passat a ser un element polític central en les polítiques internes i de cooperació bilateral i regional³².

Actualment, les formes de repressió política que aboquen a fluxos de refugiats es confonen, gairebé sempre, amb situacions de pobresa generalitzada, inestabilitat econòmica, social i política i d'absència de perspectives de futur. Les persones que formen

pàg. 19. I també, François Julien-Laferrière, "Le mythe de «l'immigration zéro»", *AJDA*, núm. 2, 20 de febrer de 1994, pàg. 83; i A. Vidal, "Les flux migratoires en Europe à l'horizon 2000", Standing conference of Local and Regional Authorities of Europe, *Multikultur in der stadt integration der migranten*, "Conférence internationale, Francfort-sur-le-Main, 29-31 maig 1991", Estrasbourg: Conseil de l'Europe, 1991, pàgs. 5-20. Sobre aquesta tendència a la restricció de l'entrada d'estrangers a Europa, també, R. Sestini, "La disciplina degli stranieri in Europa", *Democrazia e diritto*, núm. 6, 1989, pàgs. 329-353. Per al cas d'Espanya, Antonio Izquierdo Escribano, *La inmigración inesperada. La población extranjera en España (1991-1995)*, *op. cit.*, pàgs. 241-254.

³⁰ Jacques Barou, *Europe, terre d'immigration. Flux migratoires et intégration*, *loc. cit.*, pàg. 46.

³¹ *Ibidem*, pàgs. 151-153.

³² Stephen Castles, Mark J. Miller, *The Age of Migration*, *op. cit.*, pàgs. 8-9.

part de migracions forçoses sovint tenen motivacions mixtes i, a vegades és pràcticament impossible separar els immigrants per motius econòmics i per motius polítics, quan el grau de voluntat en la migració és molt baix per uns motius o uns altres: *la distinció existeix legalment i política, però no a la realitat social*³³. Per tant, les persones que pateixen aquest tipus de situacions complexes, tenint o no motius fonamentats per témer ser perseguits en el país d'origen, cerquen establir-se en països on creuen que poden tenir més possibilitats d'estar *segurs* no només des del punt de vista polític, sinó també social o econòmic. Per això, moltes de les persones que, tot i haver patit persecució o risc de patir tractament inhumans o degradants no es presentaven com a *refugiats*, sinó que entraven en el territori d'un estat europeu per exercir-hi una activitat econòmica, ara, trobant-se en situacions similars, provaran d'accedir al territori com a *demandats d'asil*.

El fet que, a l'actualitat, normalment, situacions econòmiques i socials desestructurades acompanyen les persecucions basades en la raça, la religió, la nacionalitat, les opinions polítiques o en la pertinença a un determinat grup social, no significa que les persones que en pateixen deixin de ser refugiats, en el sentit de la Convenció de Ginebra. La categoria de refugiat continua sent útil, malgrat que avui dia les persones que tenen *necessitat de protecció* no són només les persones que entren dins de la definició de l'article 1 de la Convenció de Ginebra. Les formes de persecució han variat, s'han diversificat i es barregen amb situacions de manca de drets humans bàsics que fan que les persones que tenen motius per témer que patiran tractaments contraris a la Convenció de Ginebra o als instruments internacionals de drets humans, si es troben sota la jurisdicció d'un estat estranger, siguin mereixedors d'asil.

Els refugiats no han desaparegut, sinó que han canviat, com també han canviat els conflictes que els causen, principalment a l'Àfrica, i a l'Est d'Europa, l'Orient mitjà i a l'Àsia, sobretot, després de l'acabament de la Guerra freda³⁴. Per això, i perquè la *necessitat de protecció* que justifica l'asil ja no depèn de la qualificació com a *refugiat*, les polítiques dels estats restrictives de les possibilitats d'accedir a una protecció, no estan justificades.

2. Una transformació incongruent de les polítiques d'immigració a Europa

55. En molts països del sud d'Europa, en general, es considera que la importació de normatives i pràctiques restrictives sobre la immigració a través del sistema Schengen i de la Unió europea han estat causes importants d'una *política equivocada* tenint en compte les

³³ Henk Overbeek, "Towards a new international migration regime: globalization, migration and the internationalization of the state", Robert Miles, Dietrich Thränhardt (eds.), *Migration and European Integration. The Dynamics of Inclusion and Exclusion*, Londres-Madison: Pinter Publishers- Fairleigh Dickinson University Press, 1995, pàg. 15.

³⁴ En aquest sentit, Sadako Ogata, *The Turbulent Decade. Confronting the Refugee Crises of the 1990s*, Nova York, Londres: W.W. Norton & Company, 2005, pàgs. 17-26.

necessitats de l'economia nacional i les tendències socio-polítiques, ja que, en definitiva, les xifres semblen indicar que s'haurien *substituit* els fluxos controlats jurídicament per una immigració il·legal³⁵.

Aquests fluxos de persones mai han significat una *invasió massiva*³⁶, ni han suposat veritablement un desbordament inassolible de les estructures d'acollida en el països d'immigració europeus, fins i tot quan s'esdevingueren les persecucions derivades dels conflictes ocorreguts en territori de l'ex-Iugoslàvia en els anys noranta i a Albània. La conseqüència de l'aturada de la immigració econòmica per part dels països més industrialitzats va significar, més que l'estancament de les migracions, la transformació del conjunt de l'Europa occidental en *terra d'acollida*³⁷.

La tendència a l'extensió i *regionalització*³⁸ dels fluxos migratoris a l'àrea europea evidencien el *fracàs* relatiu de les polítiques nacionals quant a la capacitat de regulació d'aquests moviments en funció del mercat de treball, i la ineficàcia de les legislacions nacionals autònomes per controlar un fenomen essencialment *transnacional*³⁹.

Fracàs i ineficàcia relatius perquè, si bé és cert que no s'han assolit plenament els objectius d'aturar la immigració econòmica i obstaculitzar l'arribada de tot tipus d'immigrants, les polítiques de control a les fronteres exteriors i d'harmonització de les decisions d'acollida i refús dels demandants d'asil poden haver contribuït a que, precisament, els estats europeus no signataris dels acords de Schengen s'hagin convertit en llocs de destí preferent dels immigrants. Actualment, el Regne Unit és un dels principals països d'arribada d'immigrants irregulars i de demandants d'asil⁴⁰.

Amb la incorporació del bagatge Schengen al Tractat de la Unió Europea les diferències entre els estats de la Unió estan en principi destinades a desaparèixer, ja que

³⁵ Martin Baldwin-Edwards, "Where Free Markets Reign: Aliens in the Twilight Zone", Martin Baldwin-Edwards, Joaquin Arango (ed.), *Immigrants and the Informal Economy in Southern Europe*, London-Portland, Or: Frank Cass Publishers, 1999, pàg. 2. Segons aquest autor, diversos factors contribueixen a les pautes d'immigració il·legal i, entre ells, un dels més importants, sinó el més, és l'atracció de bastes economies clandestines capaces de sostenir, i fins i tot requerir aquesta migració. *Ibidem*, pàg. 3.

³⁶ Sobre aquest idea Miguel Pajares, *La inmigración en España. Retos y propuestas*, Barcelona: Icaria (Antrazyt), 1999, en l'apartat "El anunciado riesgo de «invasión» de Europa por los inmigrantes", pàgs. 232-239; i també Saskia Sassen, *¿Perdiendo el control? La soberanía en la era de la globalización*, op. cit., pàg. 76, quan afirma, que *la realitat nega la catastrofista imatge popular d'una massiva invasió dels pobres. La immigració és més un problema de gestió que una crisi.*

³⁷ Jacques Barou, *Europe, terre d'immigration. Flux migratoires et intégration*, loc. cit., pàgs. 151 i 50. Sobre les dinàmiques d'immigració en diferents països europeus, i els seus canvis, Miguel Panadero Moya, Carmen García Martínez (coords.) *Migraciones extranjeras en la Unión Europea*, Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1997.

³⁸ Sarah Collinson, *Europe and International Migration*, op. cit., pàgs. 5-7.

³⁹ Jacqueline Costa-Lascoux, "Les politiques migratoires à l'épreuve des faits", *Recueil des Cours de l'Institut International des Droits de l'Homme*, Strasbourg, 1992, pàg. 1; Catherine Teitgen-Colly, "Le droit d'asile: la fin des illusions", *AJDA*, núm. 2, 20 febrer 1994, pàgs. 97-114. En aquest sentit, també, Diego López Garrido, *El derecho de asilo*, op. cit., pàg. 181.

⁴⁰ Jacques Barou, *Europe, terre d'immigration. Flux migratoires et intégration*, loc. cit., pàg. 157.

encara que aquells que no són parts en els acords no participen, en principi, en les decisions basades en aquest bagatge (pel joc dels Protocols annexos al Tractat d'Amsterdam), en general, a la pràctica, tard o d'hora, han optat per fer-ho si això els podia suposar deixar de ser llocs de destí preferent.

Com ha apuntat Saskia Sassen, cada cop hi ha un *desfasament* més ampli entre els propòsits de les polítiques d'immigració i la realitat en els països més desenvolupats receptors d'emigrants. L'eficàcia limitada d'aquestes polítiques és deguda, en part, a que no tenen prou en compte les transformacions en el context general de les migracions internacionals i a que les polítiques sobre migracions continuen caracteritzant-se pel seu aïllament formal d'altre processos, *com si fos possible tractar la immigració com un fenomen delimitat i tancat*⁴¹. De fet, al marge de les valoracions quant al fons de l'informe de la Divisió de Població de la Secretaria de les Nacions Unides sobre la *Migració de reemplaçament* de 2000, un dels majors ensenyaments que se'n podien treure era, precisament, que no és possible considerar els fenòmens migratoris aïlladament de les conductes econòmiques i socials dels pobles dels diferents estats, tant receptors com emissors de població immigrant/emigrant⁴².

3. Migracions globals i migracions transnacionals en el context de la globalització

56. En el context de la Unió Europea coexisteixen dues dinàmiques contraposades, com s'ha exposat al començament del Capítol. La intensificació dels controls fronterers per fer aturar els fenòmens migratoris percebuts com a *allaus* migratòries es sobreposa a la tendència general cap a la creació d'espais econòmics sense obstacles físics, fiscals o tècnics dins del nou espai creat a l'interior d'aquestes mateixes fronteres.

De fet, l'aproximació a la immigració que fan els estats prova de recuperar el concepte de *territorialitat exclouent* que la regionalització i la globalització econòmica desestabilitza. Aquest darrer fenomen erosiona la capacitat dels estats de controlar els fluxos migratoris transfronterers i, per tant, de mantenir formes d'exclusió basades en l'exercici d'autoritat sobre el territori. Com han apuntat alguns teòrics de la globalització, *la desnacionalització del territori* i *la descentralització de la sobirania* que aquest fenomen comporta, *transformen el caràcter de l'autoritat exclusiva* de l'estat sobre l'entrada dels estrangers. Les migracions estan imbricades i interaccionen amb dinàmiques de més gran abast que no pas l'autoritat estatal, amb *complexos processos transnacionals*⁴³.

⁴¹ Saskia Sassen, *¿Perdiendo el control? La soberanía en la era de la globalización*, op. cit., pàg. 95.

⁴² Nacions Unides, Secretaria, Divisió de Població, Departament d'Afers Econòmics i Socials, *Replacement Migration. Is it A Solution to Declining and Ageing Populations?* ESA/P/WP.160, 21 de març de 2000.

⁴³ Saskia Sassen, *¿Perdiendo el control? La soberanía en la era de la globalización*, op. cit., pàgs. 73-87. Com apunta aquesta autora totes les polítiques d'immigració dels països desenvolupats s'arrelen en

Tot i que certament les migracions internacionals actuals es vinculen sovint al fenomen de la *globalització*, es tracta de processos complexos i difícils d'abastar, raó per la qual definir quina relació existeix entre els dos és una empresa encara més arriscada. Com apunta Sarah Collinson, la *globalització s'entén millor com a un conjunt de processos globals pel que fa al seu abast, que transcendeixen els límits territorials dels estats, i que com a conseqüència, afecten profundament la naturalesa i funcions del govern de l'estat en l'economia política mundial, inclòs, evidentment, el govern de la immigració*⁴⁴.

Per veure la relació entre globalització i migració, d'acord amb aquesta autora, cal partir de la premissa que *han succeït canvis més profunds i de més gran abast en l'estructura, les dinàmiques i les formes dels fluxos financers i comercials globals en els darrers anys, que en l'estructura profunda, les dinàmiques i les formes de migració internacional, malgrat la creixent magnitud i diversitat dels fluxos migratoris en diferents llocs del món*. Ara bé, encara que les migracions no estiguin sotmeses a canvis profunds en les seves formes i dinàmiques bàsiques, *la globalització de les relacions internacionals financeres, comercials i altres està provocant canvis enormes i significatius en l'ampli context polític econòmic i social en que tenen lloc les migracions transfrontereres (cross-border migration)*. Això crea problemes i reptes nous en aquells sectors de gestió nacional, regional o internacional connectats amb les migracions internacionals, entre els que es troba el règim internacional de protecció dels refugiats⁴⁵.

Les relacions socials *transcendeixen* les fronteres, en el sentit que estan cada cop menys vinculades a espais delimitats territorialment, però això no significa que aquests espais hagin esdevingut completament *irrellevants*, com apunta Jan Aart Scholte. Actualment, hom es troba en un context *globalitzant* més que *globalitzat*, on *espais globals s'interrelacionen amb espais territorials*⁴⁶ o que depenen fortament de llocs físics, fronteres o distàncies concretes. Això fa que en algunes qüestions l'autoritat estatal conservi el seu sentit tradicional, mentre no és així en d'altres.

57. La globalització progressiva del capital i de les mercaderies no ha estat seguida per la globalització de la mà d'obra i, així, la majoria de treballadors continuen ancorats en el territori de l'estat. Sarah Collinson ha destacat respecte d'això que, *mentre la innovació tecnològica ha facilitat la mobilitat global del capital i ha restringit el control estatal*

una estructura bàsica, els elements claus de la qual són (1) la sobirania de l'estat i el control de les fronteres com a nucli de l'esforç regulador, en els accessos per terra, en els aeroports o en els consolats dels països d'origen; i (2) una visió de la immigració com la conseqüència de decisions individuals dels emigrants, on el país receptor és considerat subjecte passiu, no implicat en el procés. Mentre que, cada vegada es reconeix més que *les migracions internacionals són funció d'una dinàmica econòmica transnacional i geopolítica de major abast (...)* de forma que *la responsabilitat de la immigració pot no ser exclusivament dels immigrants* (pàg. 79).

⁴⁴ Sarah Collinson, *Globalisation and the dynamics of international migration: implications for the refugee regime*, loc. cit., pàgs. 2-3.

⁴⁵ *Ibidem*, pàg. 3.

⁴⁶ Jan Aart Scholte, "Global capitalism and the state", *IA*, vol. 73, núm. 3, juliol 1997, pàg. 431-432.

sobre els fluxos comercials i financers, la nova tecnologia facilita un control i supervisió encara més minuciosos sobre els moviments de població. En definitiva, no cada persona, grup, estat, negoci participa igualment en l'economia global, ni se'n beneficia de la mateixa manera⁴⁷.

Els moviments migratoris són certament fruit de la combinació de circumstàncies econòmiques, polítiques, socials, però resulta massa complex determinar exactament com, canvis en aquests factors, provoquen canvis en les dinàmiques migratòries. Els desenvolupaments vinculats amb la globalització influeixen les pautes de migració, però no ho fan de la mateixa manera que en altres sectors. Tot i això, una part de la doctrina considera que aquests factors, i d'altres, com els fluxos creixents d'informació, o l'abaratiment del transport, agreujaran allò que alguns ja han gosat anomenar la *crisi migratòria global*⁴⁸.

Les migracions s'han *regionalitzat* més que *globalitzat* si es té en compte que es produeixen principalment dins d'una mateixa àrea geogràfica o regió. D'altra banda, mentre hi ha un interès i es treballa per crear règims globals de comerç i inversió que suportin una economia global, no s'ha considerat necessari fer el mateix amb la força de treball. El mercat global no depèn en la mateixa mesura del capital global que de la mà d'obra; el factor capital ha augmentat en la majoria d'innovacions tecnològiques alhora que el pes relatiu del factor treball ha disminuït⁴⁹.

Tenint en compte la seva vinculació amb els processos de globalització, la doctrina ha distingit tres tipus diferents de migracions internacionals. En primer lloc, la *migració global* abastaria aquells desplaçaments directament vinculats i creats pels processos de globalització, personal directiu d'empresa o turisme amb cert poder adquisitiu, que no estan limitats significativament per les fronteres territorials. En segon lloc, la migració que s'emmarca en règims concrets de liberalització comercial i de treball, creada per règims específics de lliure circulació de mercaderies, treballadors i serveis que, si bé està poc limitada per les fronteres territorials, depèn de la decisió dels estats respecte d'aquesta llibertat de circulació, i es produeix en el territori determinat per aquests règims.

I, en tercer lloc, la resta de migracions, que serien *migracions transnacionals*. Pel que fa al nombre de persones i les varietats que abasta, de llarg, aquest tipus és el més important, ja que inclou la majoria d'emigrants que es desplacen amb l'objectiu primer de treballar, tant els que ho fan legalment com els *il·legals*, les migracions per reunificació familiar, i també les migracions forçoses, per cercar asil o refugi. Totes tenen en comú que

⁴⁷ Sarah Collinson, *Globalisation and the dynamics of international migration: implications for the refugee regime*, loc. cit., pàg. 4.

⁴⁸ Per exemple, Myron Weiner, *The Global Migration Crisis. Challenge to States and to Human Rights*, Nova York: HarperCollins College Publishers, 1995, pàg. 221.

⁴⁹ Susan Strange, *La retirada del Estado* (traducció Josep Ibáñez), Barcelona: Icaria Editorial-Intermón Oxfam, 2001, pàg. 29.

es defineixen a partir de les fronteres territorials dels estats, i que estan determinades per aquestes⁵⁰.

Els canvis en l'economia política mundial afecten tots els fluxos migratoris, però les migracions transnacionals estan estretament arrelades i determinades pels processos que tenen lloc a nivell territorial: sorgeixen directament de circumstàncies que s'esdevenen en el lloc d'origen, i les persones que en formen part acostumen a tenir pretensions concretes respecte de llocs de destí força definits. Els migrants transnacionals cerquen en alguna forma la inserció, i en el cas dels demandants d'asil, la protecció *en l'estat de destí*⁵¹.

4. Conseqüències de les transformacions de les migracions internacionals i de les variacions en el nombre de demandes d'asil per al règim de protecció dels refugiats

58. Les actuals dinàmiques migratòries i les accions dels estats europeus respecte d'aquestes apunten cap a un afebliment de la protecció internacional dels refugiats. El tipus de circumstàncies que empenyen les persones a marxar dels seus llocs d'origen fan cada cop més difícil identificar els refugiats com a persones amb necessitats de protecció específiques respecte d'altres migrants. Cada vegada amb més freqüència el creixement demogràfic, l'expansió de determinades malalties com la SIDA, el deteriorament de les condicions de vida es combinen amb les privacions dels drets socials i polítics bàsics de franges vulnerables de població. Això dificulta la individualització de subjectes com a refugiats, que ha estat la tècnica utilitzada per la majoria d'estats europeus per aplicar les categories de refugi i asil.

La manca de voluntat i, en alguns casos, la incapacitat d'aplicar plenament els instruments de protecció internacional dels drets humans als estrangeres que arriben a Europa, també està vinculada amb les transformacions de l'autoritat de l'estat en el context de la globalització econòmica. La davallada en el nivell dels estàndards d'acollida i protecció dels demandants d'asil, unida a la depreciació de la immigració com a valor en els estats europeus, comporta un afebliment del nivell de compromís d'aquests amb les obligacions internacionals de protecció dels drets humans i dels refugiats. A Europa, per exemple, això es reflecteix en la subordinació de la protecció dels refugiats a les polítiques de control de la immigració, com es veurà en els capítols VIII a X de la segona part d'aquest treball.

El fenomen de la globalització no implica una estandardització global de les formes de migració transnacional, el seu context o les seves implicacions. Ans el contrari, contribueix a diversificar les condicions econòmiques i socials de les diferents regions,

⁵⁰ Sobre aquests tres tipus de migracions i les seves característiques, Sarah Collinson, *Globalisation and the dynamics of international migration: implications for the refugee regime*, loc. cit., pàgs. 5-10.

⁵¹ *Ibidem*.

estats i grups dins d'aquests i, així, també a fer que cada cop siguin més diverses les causes i circumstàncies en què els immigrants inicien i desenvolupen els seus projectes de migració. En tot cas, tant les pautes de migració com les estructures creades per a la gestió d'aquestes tendeixen a regionalitzar-se més que a la globalització. No hi ha un tipus d'estructura emergent de *global governance* de la migració internacional⁵².

Els fluxos de refugiats i el règim internacional de protecció dels refugiats està actualment patint la pressió de la diversificació creixent de les causes econòmiques, socials i polítiques subjacents de les migracions internacionals, i la interacció cada cop més intensa amb processos polítics i econòmics de liberalització del comerç, els mercats i les finances.

La protecció internacional dels refugiats i demandants d'asil requereix hores d'ara l'acció d'entitats com l'ACNUR i d'organitzacions no governamentals, i el compromís dels estats de no devaluar els seus sistemes de protecció. L'efectivitat concreta d'aquesta protecció depèn cada vegada més de la participació material de l'ACNUR i de les organitzacions humanitàries, i de la pressió que realitzen sobre els governs dels estats i en seus internacionals, per a que aquests segueixin mantenint la institució de l'asil, el respecte de les obligacions que es deriven de la Convenció de Ginebra de 1951, i respectin els estàndards bàsics de la protecció dels drets humans.

B. DADES SOBRE LES DEMANDES D'ASIL PRESENTADES EN ELS ESTATS EUROPEUS DES DE MITJANS DELS ANYS VUITANTA

59. En tot el món, les persones que entren dins del mandat de l'ACNUR han anat augmentant des de 1980 fins, aproximadament, 2004. S'estima que mentre el 1980 eren gairebé vuit milions i mig de persones, a inicis de 1990 ja eren gairebé quinze milions i, a primers de 2000, uns vint milions. A inicis de 2004, es calculava que 17.084.100 persones entraven en el mandat de l'ACNUR, entre refugiats (9,7 milions, el 57%), desplaçats interns (4,4 milions, el 26%), retornats recents (1,1 milions, el 6%), demandants d'asil (985.500, el 6%), i apàtrides i altres (912.200, el 5%).

En els darrers anys, la xifra ha oscil·lat entorn dels vint milions de persones: 21,8 milions a inicis de 2001, 19,8 milions a inicis de 2002, 20,6 milions a inicis de 2003 i 17 milions a inicis de 2004. Això significa que, en el darrer any, no va augmentar el nombre de persones que són dins del mandat de l'ACNUR sinó que es va reduir, cosa que, en part, s'explica perquè durant l'any 2002 uns 3,6 milions de refugiats assistits per l'agència van retornar a les seves llars o als seus llocs d'origen, principalment a Àfrica i a l'Afganistan post-talibà, des de Pakistan i Iran; unes 750.000 persones desplaçades en el mateix país van tornar a la seva regió d'origen; i, durant el 2003, el conflicte a l'Iraq no va produir una

⁵² En aquest sentit, *ibídem*, pàg. 17.

fugida significativa de persones cap a d'altres països (en general, es calcula que després dels atacs militars, més aviat va retornar un bon nombre de persones que s'havien refugiat en estats veïns, principalment a Iran, i desplaçats de la regió kurda).

Des del punt de vista regional, és a Àsia on hi ha més refugiats o desplaçats de competència de l'ACNUR, amb 6,2 milions de persones (36%), seguida d'Àfrica, amb 4,3 milions (25%). Europa es troba en tercer lloc, amb uns 4,2 milions de persones (25%), seguida de Sud-Amèrica, amb 1.316.400 persones (8%), i Nord-Amèrica amb 978.100 persones (5%). Sud-Amèrica és l'única regió que ha augmentat el nombre de persones refugiades o desplaçades: 36,1% més respecte de l'any anterior, principalment pel desplaçament intern continuat a Colòmbia. Finalment, Oceania, té unes 74.400 persones (0,4%) en situació de necessitat de protecció segons l'ACNUR.

A l'Àfrica des del gener de 2003 al gener de 2004 el nombre de refugiats i desplaçats s'havia reduït lleugerament, però el conflicte obert a la regió de Dafur, al centre del continent, que es calcula que afecta a uns 170.000 refugiats i desplaçats, fa preveure un augment d'aquest nombre durant tot el 2004.

Del nombre de persones que a inicis de 2004 es calculava que eren competència de l'ACNUR, 4.242.300 individus es situaven a l'àrea europea. A inicis de 2003 n'eren, en nombre aproximat, 4.403.900 individus, i, d'aquests, 2.136.300 eren refugiats, 366.800 demandants d'asil, 84.000 refugiats que havien tornar al lloc d'origen, 1.171.500 desplaçats interns i 645.400 apàtrides o en altres situacions⁵³.

A començaments de 2004, entre els cinc estats que, segons les estimacions de l'ACNUR suportaven una càrrega major de persones necessitades de protecció, només un, Alemanya, era europeu: Pakistan (1,1 milions); Iran (985.000 persones); Alemanya (960.000 persones); Tanzània (650.000 persones); i els EEUU d'Amèrica (452.000 persones). Els majors èxodes durant el 2003 estaven formats per persones provenint de Sudan (112.000), Libèria (86.800), la República Democràtica del Congo (30.000), Costa d'Ivori (22.000), Somàlia (14.800) i la República Centrafricana (13.000).

Quant als demandats d'asil, es calcula que a començaments de 2004 ho eren 985.500 persones en tot el món (quelcom menys que un any abans, amb 1.014.400 persones). Entre aquests, hi havia tant aquelles persones que havin demanat protecció per primer cop al país (809.000 persones), com les que la seva demanda encara no havia estat resolta (176.500 persones). Durant l'any 2003, la majoria de nous demandants d'asil van venir de la Federació de Rússia, de la Xina, de Sèrbia-Montenegro, de la República Democràtica del Congo, de Turquia, d'Iraq (que passa de la primera posició l'any 2002, a la sisena el 2003), de Colòmbia, d'Afganistan, de Nigèria i de Somàlia. Pel que fa als estats d'asil industrialitzats, durant el 2003, el país que va rebre un nombre més alt de demandes va ser el Regne Unit, amb 61.000 demandes (un 44,80% menys que l'any anterior, amb 11.700

⁵³ ACNUR, *Refugees by Numbers 2003*, Ginebra: UNHCR, juliol de 2003.

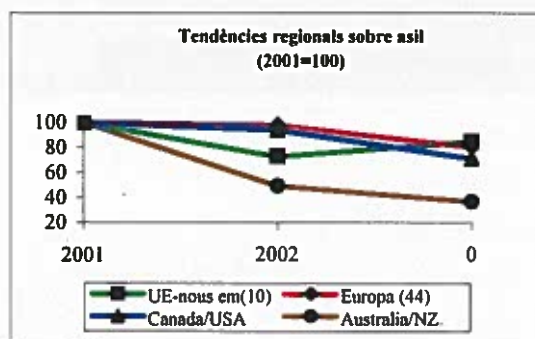
demandes), seguida a no massa distància dels Estats Units d'Amèrica (60.700 demandes), França (59.800 demandes) i Alemanya (50.600 demandes)⁵⁴.

DEMANDES D'ASIL PRESENTADES EN ALGUNS ESTATS INDUSTRIALITZATS ^a [2003]		
Estat d'asil	Principals estats d'origen	Demandes d'asil
Regne Unit	Somàlia / Iraq / Xina / Zimbabwe / Iran / Turquia	61,100
EEUU Amèrica ^b	Xina / Colòmbia / Mèxic / Haití / Indonèsia	60,700
França	Turquia / Xina / D.R. Congo / Rússia / Algèria	59,800
Alemanya	Turquia / Sèrbia i Montenegro / Iraq / Rússia / Xina	50,600
Àustria	Rússia / Turquia / Índia / Sèrbia i Montenegro / Afganistan	32,400
Canadà	Pakistan / Mèxic / Colòmbia / Xina / Costa Rica	31,900
Suècia	Sèrbia i Montenegro / Somàlia / Iraq / Apàtrides / Bòsnia i Herz.	31,300
Suïssa	Sèrbia i Montenegro / Turquia / Iraq / Algèria / Geòrgia	20,800
Bèlgica	D.R. Congo / Rússia / Sèrbia i Montenegro / Iran / Camerun	16,900
Noruega	Sèrbia i Montenegro / Afganistan / Rússia / Somàlia / Iraq	16,000
Països Baixos	Iraq / Iran / Afganistan / Somàlia / Libèria	13,400
Rep. Txeca	Rússia / Ucraïna / Eslovàquia / Xina / Viet Nam	11,400
Eslovàquia	Rússia / Índia / Xina / Armènia / Afganistan	10,400

^a Estats amb més de 10.000 demandes d'asil.

^b Estimat per l'ACNUR en base a 1.4 persones per demanda d'asil

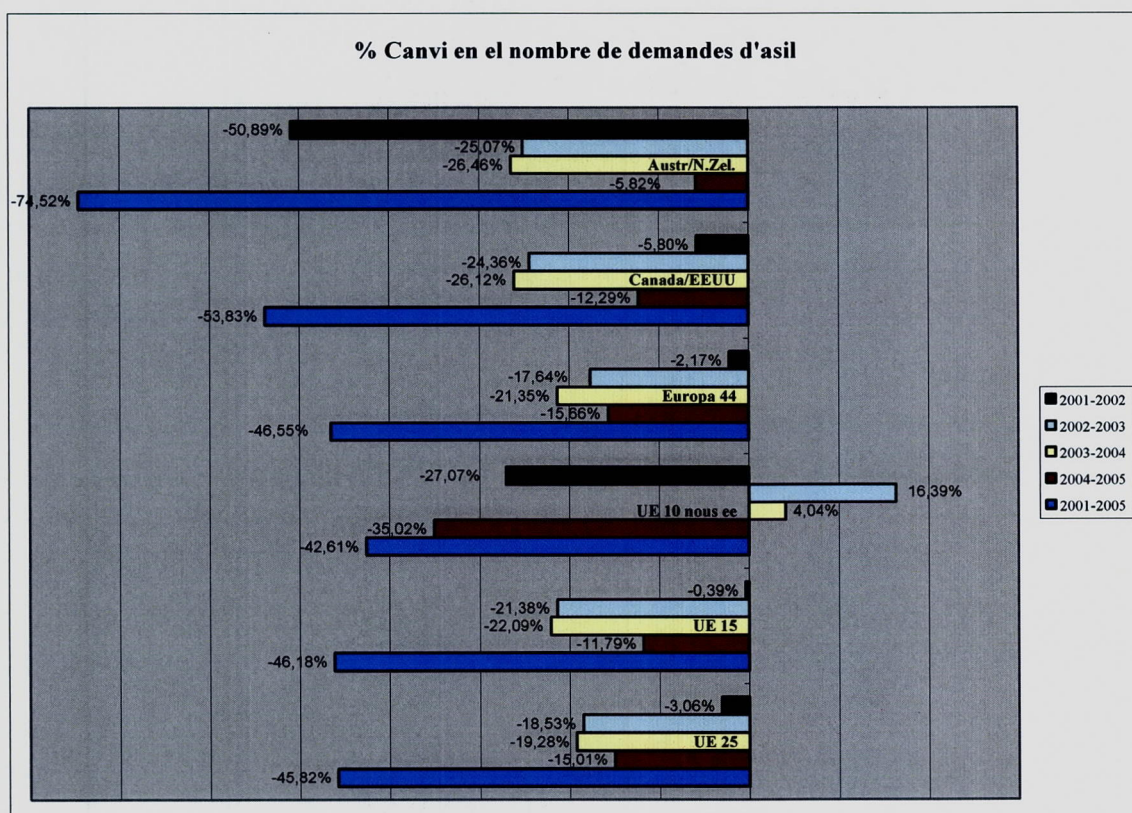
El nombre de demandes d'asil presentades a Europa i en altres estats no europeus industrialitzats, però, va baixar considerablement durant l'any 2004. L'ACNUR ha calculat que el descens en el conjunt de 50 estats industrialitzats ha estat d'un 22% entre 2003 i 2004 (i del 40% des de 2001); en el conjunt d'estats europeus, del 21% entre 2003 i 2004; i en els estats membres de la Unió del 19% entre 2003 i 2004. En general, el quadre següent expressa la baixada del nombre de demandants d'asil dels darrers anys en estats industrialitzats⁵⁵.



⁵⁴ Totes les dades excepte les de l'any 2003, incloent-hi el quadre següent són extretes de: ACNUR, *Refugees by Numbers (2004 edition)*, Ginebra: UNHCR, 21 de juliol de 2004.

⁵⁵ ACNUR, *Asylum Levels and Trends in Industrialized Countries, 2004. Overview of Asylum Applications lodged in Europe and non-European industrialized countries in 2004*, Ginebra: ACNUR, 1 de març de 2005, pàg. 3/25.

Les dades provisionals de l'ACNUR per a 2005 també indiquen una davallada en el nombre de noves demandes d'asil presentades en els estats industrialitzats: un 15% menys que en el 2004 en els 50 estats de referència (394.540 demandes el 2004 i 336.060 en el 2005); un 16,2% en 44 estats europeus (312.070 demandes en el 2004 i 263.210 en el 2005); i un 15,6% en els 25 estats membres de la Unió (279.860 demandes en el 2004 i 237.840 en el 2005)⁵⁶. Els estat membres de la Unió Europea han rebut un 46,2% menys de demandes des de 2001, d'acord amb aquestes dades segons el quadre següent⁵⁷. Les dades de 2005 també apunten cap a una davallada del nombre de demandants d'asil a Europa en un 17% respecte l'any anterior⁵⁸.



⁵⁶ UNHCR, *Asylum Levels and Trends in Industrialized Countries, 2005. Overview of Asylum applications lodged in Europe and non-European industrialized countries in 2005*, Ginebra, 17 de març de 2006, table 1, pàg. 9/27.

⁵⁷ *Ibidem*. El quadre en català s'ha elaborat a partir de les dades de la Table 1 de la pàg. 9/27.

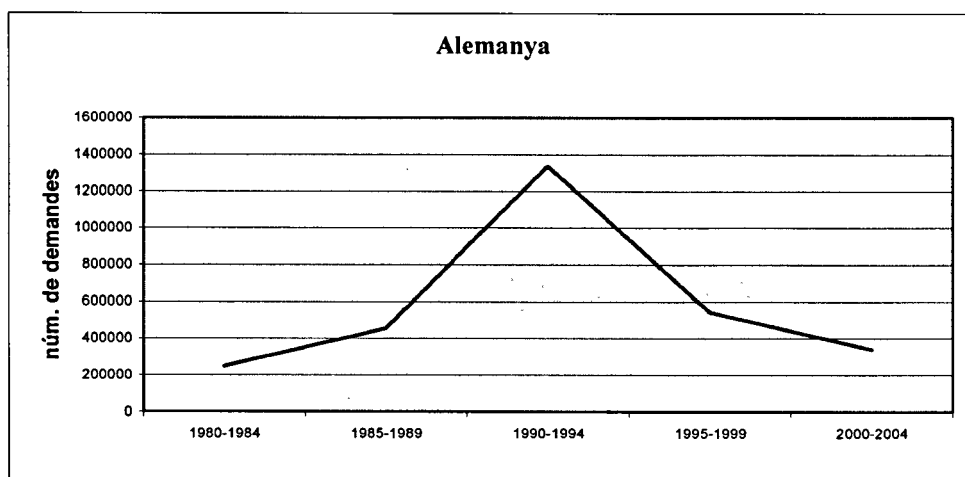
⁵⁸ UNHCR, *2005 Global Refugee Trends. Statistical overview of populations of refugees, asylum-seekers, internally displaced persons, stateless persons, and other persons of concern to UNHCR*, Ginebra, 9 de juny de 2006, pàg. 104/105.

1. Evolució de les demandes de protecció en els estats membres de la Unió europea

60. En els estats membres de la Unió Europea, si bé s'ha produït en els darrers vint anys un augment de les demandes d'asil, aquest no ha significat un desbordament inabastable de les estructures socials dels estats, sinó que, més aviat ha mostrat la incapacitat o la manca de voluntat política d'adaptar les formes d'acollida a un nou tipus de fluxos, força més complexos que no pas exageradament més nombrosos.

En termes absoluts, entre 1980 i 1989, les demandes d'asil presentades en els estats membres de la Unió van gairebé arribar a duplicar-se (es va passar de 149.050 demandes a 285.822); tot i que els augments més significatius es van produir en els primers anys noranta, just després de l'acabament de la Guerra freda, amb la primera guerra del Golf i en ple conflicte de Iugoslàvia (l'any 1990 el nombre de demandes va ser de 400.827, i l'any 1992, any en què fins a data d'avui s'han rebut més demandes, es van arribar a rebre 677.812 peticions). A finals dels anys noranta el nombre de sol·licituds va baixar i es va situar a l'entorn d'un quart de milió de demandes; fins al període 2000-2003 en què es van rebre més de 400.000 demandes per any. L'any 2004 reflecteix altra cop una davallada significativa de peticions amb 282.480 demandes rebudes [Taula III.1.A].

Per països, l'estat membre de la Unió Europea que va patir més els augments de demandes d'asil dels anys noranta va ser Alemanya, tot i que això, com es veurà més endavant no va fer que augmentés significativament el nombre de persones asilades,

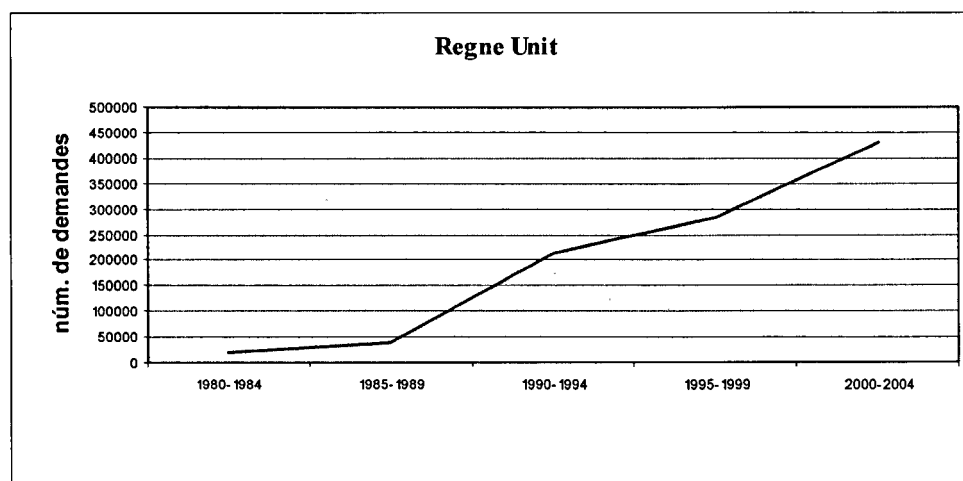


i també es van destacar canvis importants a Dinamarca, Espanya, Finlàndia, Itàlia, Luxemburg, els Països Baixos, i Suècia, principalment.

En alguns estats, com a Bèlgica, l'augment de demandes ha estat progressiu, sobretot des dels anys noranta; en d'altres s'ha mantingut relativament estable des de l'augment produït en aquells anys, com a Dinamarca. Finalment, també hi ha hagut un augment significatiu de demandes en els primers anys 2000, tot que no tant important respecte dels anys anteriors com en el cas del període 1990-1993.

En els darrers anys també és significatiu l'augment de demandes d'asil en els estats que han accedit a la categoria de membres de la Unió l'1 de maig de 2004 i dels estats candidats, que esdevenen fronteres exteriors de la Unió i, per tant, són més fàcilment accessibles per a candidats de països com Ucraïna, Belarús, la mateixa Rússia, els països orientals de l'ex-URSS o de l'Orient mitjà. En aquest cas destaquen els casos d'Eslovàquia, Eslovènia, Estònia, Hongria, Letònia, Lituània, Malta, Polònia, la República Txeca, Xipre, Bulgària o Romania; però també, alguns estats membres més antics de la Unió, com Àustria, Finlàndia, França, Grècia, Irlanda o Itàlia.

D'entre els estats en els que es percep un descens més significatiu de les demandes d'asil en els darrers anys, es troben Alemanya, els Països Baixos, i Portugal. L'estat en què l'augment de les demandes d'asil és més significatiu, fins i tot en els darrers anys, és el Regne Unit [Taules I.1 i II.1].



Malgrat que, en termes absoluts, els estats que han rebut un major nombre de demandes d'asil des de 1980 han estat, per aquest ordre, Alemanya, el Regne Unit, França, Suècia, el Països Baixos, i Àustria (Alemanya amb gairebé 3 milions de demandes, el Regne Unit i França amb gairebé un milió i la resta al voltant de mig milió) [III.1.A], els estats que han suportat una càrrega major de demandants d'asil en els darrers anys, en relació a la seva població han estat Xipre (per l'augment de demandes d'asil significatiu dels darrers dos anys), Àustria, Luxemburg, Suècia, Bèlgica i Irlanda. En els darrers anys, per exemple a Luxemburg hi ha hagut fins a 6,7 demandants d'asil per mil habitants (1999), a Àustria 4,6‰ (2002), o a Suècia 3,7‰ (2002), mentre que a Alemanya, com a molt hi ha hagut 1,2‰ demandants d'asil (1999), o al Regne Unit 1,9‰ (2002) [III.1.H].

Pel que fa al diferencial entre nombre de demandes rebudes i la càrrega que suposen els demandants comparant el nombre de demandes amb el total de la població, per exemple, els estats que més demandes d'asil han rebut l'any 2004 i, també, els darrers cinc anys, en conjunt, han estat per aquest ordre, França, el Regne Unit i Alemanya i, en canvi ocupen els llocs 9, 10, 16, d'un total de 28 estats europeus (membres i candidats de la Unió el 2004) en relació a la càrrega relativa que suporten. Els llocs 4 i 5 de demandes països amb més demandes rebudes els ocupen Àustria i Suècia, que també són els estats quart i