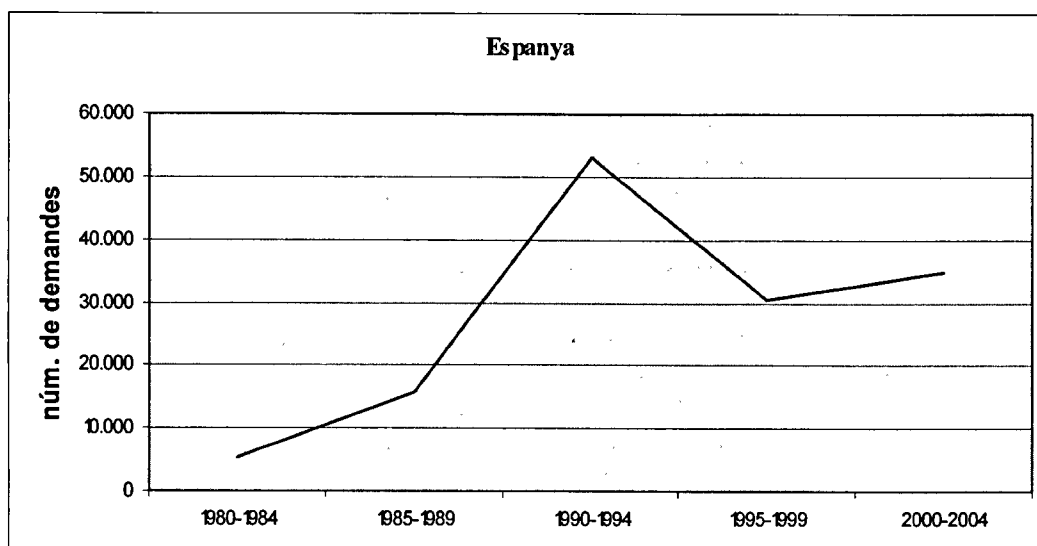


cinquè que més càrrega relativa suporten de demandants d'asil tenint en compte les seves poblacions [III.2 A/H].

Malgrat tot, excepte en els estats que s'han incorporat recentment a la Unió i els estats candidats, tant el nombre de demandes, com la càrrega que suposen els demandants d'asil ha disminuït, en termes generals en tots els estats, des de 2003, seguint la tònica general de descens en tot el món.

A Espanya, el nombre de demandes d'asil augmenta significativament en els anys 1990-1994, en què es dobla la xifra de demandants d'asil en relació a anys anteriors: de 4.077 demandes l'any 1989, es passa a 8.647 l'any 1990, 8.138 l'any 1991, 11.708 l'any 1992, 12.615 l'any 1993 i 11.992 l'any 1994. Després, es torna a un nombre de demandes que gira entorn de les cinc mil demandes per any, fins als anys 1999-2002 que, sense arribar a les xifres dels anys noranta, es produeix un augment també important de demandes d'asil [I.7 i III.1.A].



L'any 2003 es van presentar 5.248 demandes d'asil a Espanya, que corresponien a 5.918 persones, majoritàriament a Madrid (3.013 demandants) i a Ceuta (1.507 demandants)⁵⁹. A Catalunya es van obrir 162 expedients que afectaven a 202 persones (el 32,5% i el 38,04% menys que l'any anterior, respectivament)⁶⁰. Pel seu origen, la majoria, el 71,56% eren africans (el 28,75% del total eren nigerians, l'11,62% eren argelins, el 4,67% eren congoleesos, i el 4,10% tenien la nacionalitat de Costa d'Ivori); els seguien els americans, amb el 13,61% (el 9,83% del total de demandants eren colombians); els asiàtics, amb el 8,41%; i, finalment, la resta eren europeus, el 6,42%⁶¹.

⁵⁹ Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, Observatorio permanente de la inmigración, *Anuario Estadístico de Extranjería. Año 2003*, Madrid: Ministerio de Trabajo y de Asuntos Sociales-Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, 2004, pàgs. 79-80.

⁶⁰ *Ibidem*, pàg. 517.

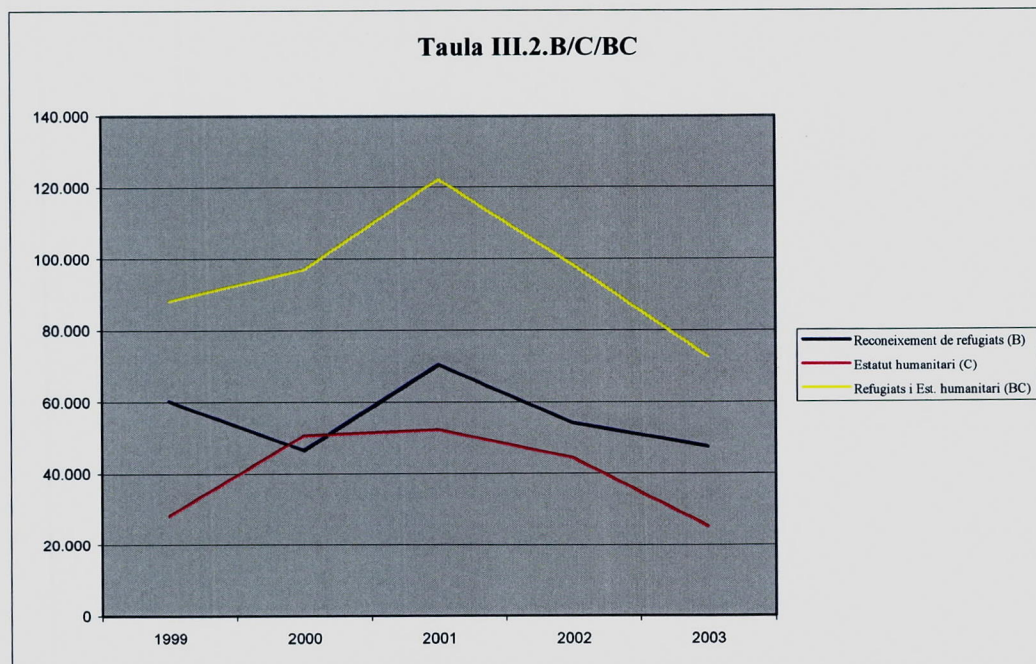
⁶¹ *Ibidem*, pàg. 80.

2. Evolució de la gestió de l'asil a la Unió Europea

a. Estatut de refugiat versus concessió de protecció subsidiària

61. La concessió de protecció als demandants d'asil ha variat significativament en els darrers anys. El nombre de casos en què es reconeixia l'estatut de refugiat va anar baixant des de 1980, en què es van prendre 45.680 decisions favorables, progressivament, fins a 1987, en què es va atorgar asil o refugi en 27.016 casos. Després, el nombre ha anat augmentant fins a situar-se en una quantitat similar a la de l'any 1980 (44.987 casos el 2004). La disparitat entre l'augment dels demandants d'asil i la baixada i posterior estabilització del nombre de refugiats no indica que tot el diferencial de demandants d'asil suposi que s'utilitzen fraudulentament els procediments en els estats, o que la majoria dels demandants d'asil no tenen motius per beneficiar de protecció.

La reducció de la concessió de refugi, en termes comparatius amb l'augment del nombre de demandes, ha estat compensada, en part, per la concessió d'estatuts humanitaris, també anomenats de protecció subsidiària. Els estatuts humanitaris van augmentar molt significativament des de, aproximadament, 1985, coincidint amb la reducció dels reconeixements de l'estatut de refugiat. Aquesta tendència (reducció del nombre de refugiats i augment de les concessions de protecció subsidiària) es va pràcticament invertir a començaments dels anys noranta (crisi iugoslava, primera Guerra del Golf, conflictes a països de l'Àfrica i de l'Àsia), i s'ha reprès a partir de finals d'aquesta dècada, fins al punt que la concessió del nombre d'estatuts humanitaris va superar, en el conjunt d'estats membres de la Unió Europea el nombre de reconeixements com a refugiats l'any 2000 [III.2. B/C/BC].



En alguns estats membres, la concessió d'estatuts de protecció subsidiària clarament supera el nombre de persones a qui es reconeix l'estatut de refugiat, com és el cas de Dinamarca, Finlàndia, els Països Baixos, Portugal, i Suècia; en d'altres, s'observa una tendència a la residualització del refugi en favor de la protecció subsidiària fins a gairebé substituir-lo, com és el cas d'estats que recentment han accedit a la Unió, com Eslovènia, Hongria, Letònia, Lituània i Malta. A Espanya, en el període 1990-1994 el reconeixement de persones com a refugiades va descendir proporcionalment a l'augment de la concessió d'un estatut humanitari, i el nombre d'asilats no refugiats va superar el nombre de refugiats fins l'any 2001 [III.2.B/C/BC, gràfic individual 7].

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

62. Fins, aproximadament, els anys 2000-2001, els augments periòdics de demandes d'asil en el conjunt d'estats membres de la Unió s'acompanyava d'un augment gairebé proporcional de les concessions d'asil, per bé que el reconeixement de l'estatut de refugiats disminuís i, en part, fos substituït per estatuts de protecció subsidiària. A partir d'aquest moment, tot i que en els anys 2002-2003 el nombre de demandants d'asil augmenta, el nombre d'asilats, disminueix [III.2.A/BC].

Per estats, només Finlàndia, els Països Baixos, el Regne Unit i Suècia i, en menor mesura França, mantenen al llarg dels anys una certa proporció entre el nombre de demandes d'asil rebudes i el nombre de persones que reben un estatut de protecció. Això fa que, *a priori*, i llevat de les excepcions que puguin produir-se, aquests estats apareguin com a estats a on el nombre de demandants d'asil afecta menys la devaluació dels procediments i mecanismes posats a l'abast per determinar la situació de necessitat de protecció i la concessió d'asil.

En general, el nombre de demandes pendents de ser resoltes a final d'any ha estat proporcional al nombre de demandes rebudes, cosa que expressa una certa adequació progressiva, tot i que sempre imperfecta, dels mitjans a les necessitats [III.1.G]. Aquesta proporció es trenca en els darrers anys, en què el nombre de demandes pendents augmenta en relació al nivell d'augment o descens del nombre de demandes d'asil.

D'això s'infereix que, en general, no es dediquen recursos suficients al tractament de les demandes d'asil en temps adequats. Entre els estats menys diligents, en aquest sentit, es troben Alemanya, en què en el període 2000-2004 el nombre de demandes pendents fins i tot supera el nombre de demandes d'asil, Irlanda o els Països Baixos; i entre els més diligents, es troben el Regne Unit i Finlàndia, que han redreçat la

tendència a l'alça del nombre de demandes pendents, proporcional als períodes en què es reben més demandes d'asil, i tendeixen a tenir cada cop menys demandes pendents de ser resoltes a final d'any. Òbviament sempre hi haurà un nombre determinat de demandes d'asil pendents de ser resoltes a final d'any, les que es presenten en els darrers mesos, però això no altera la conclusió que, en la majoria de països, l'augment de les demandes d'asil no s'ha acompanyat dels mitjans adequats per fer-hi front, amb procediments adequats [III.2.A/G].

c. Proporció de les decisions no substantives respecte del total de decisions

63. Des de 1980, en general, s'observa que el nombre de decisions i decisions substantives augmenta en proporció al nombre de demandes d'asil. Malgrat això, el nombre de demandes que resolen el fons de les demandes de protecció baixa en relació al nombre total de decisions des de 1990 aproximadament, fins a finals dels noranta. Després, continua essent menor, però de forma estable. El diferencial entre decisions i decisions substantives està compost per les decisions que s'adopten quan el demandant desapareix, no es presenta a les entrevistes o cites amb l'administració després de formalitzar la seva demanda d'asil, o mor [III.1.Fa i III.1.Fb].

Segons les dades de l'ACNUR, els països en què en els darrers anys hi ha hagut més decisions que no examinaven el fons de les demandes d'asil, en relació al nombre total de decisions emeses són, a part d'alguns estats que han accedit recentment a la Unió Europea, Àustria i Espanya. A Àustria, per exemple, en els anys 2001 i 2002 el nombre de decisions substantives dictades en relació al nombre total de demandes no arribava al 20% de decisions. En el cas d'Espanya, l'any 2001, el 27,33% del total de decisions eren decisions substantives, l'any 2002, el 24,34%, i el 2003, el 38,43%.

A Portugal el nombre de decisions substantives també és força baix, entorn del 30%, excepte l'any 2002, amb més d'un vuitanta per cent respecte del total de decisions. A Irlanda i, sobretot, als Països Baixos, el nombre de decisions substantives ha anat augmentat als darrers anys; des de menys d'un 50% el 2001, a un 80% al 2003 en el cas d'Irlanda, i des d'un 27,59% el 1999 a 83,98% en el cas dels Països Baixos. A Alemanya el nombre de decisions substantives en els darrers anys és inferior a les tres quartes parts del nombre total de decisions.

Els estats en els que, aparentment, hi ha menys procediments tancats per motius diferents d'una decisió sobre el fons, són França i Suècia (entre el 90% i el 100% de les decisions examinen el fons de la demanda de protecció primer; i, després, Bèlgica i el Regne Unit (entre el 80% i el 90% de les decisions són substantives). En aquests estats, per tant, els demandants d'asil tenen, estadísticament, més probabilitats que les seves sol·licituds siguin examinades, malgrat que encara puguin ser objecte de decisions d'inadmissibilitat en funció de motius també formals relatius a les circumstàncies de

l'arribada, per exemple, des d'un o més *estats tercers segurs*, o al fet que l'estat d'origen sigui considerat generalment un estat segur [III.2.Fa/Fb/Fc].

d. Oportunitats d'obtenir asil

64. Des de finals dels anys vuitanta, el nombre de persones a qui es refusa protecció ha augmentat progressivament, en relació a les persones a qui es reconeix la qualitat de refugiat o un estatut de protecció subsidiària. D'altra banda, també és en els períodes que en què es reben més demandes d'asil, que es produeixen més decisions de refús, cosa que fa pensar que l'acollida dels estats membres no augmenta en proporció a les necessitats en temps de crisi [III.1.D].

En els darrers anys, en el conjunt d'estats membres de la Unió, el nombre de persones a qui es s'ha refusat protecció quadruplica el nombre de persones protegides, cosa que avala la tesi que els migrants proven de ser admesos en el territori dels estats europeus a través d'un dels pocs mitjans que tenen disponible, que és la petició d'asil. Aquest fet, un cop descontextualitzat de la manca de polítiques proactives de migració, afavoreix que el missatge que es transmeti a les poblacions dels estats europeus sigui que els estrangers que demanen asil *abusen* dels seus sistemes de benestar, i que, en definitiva, s'aprofiten dels procediments d'asil per a finalitats diferents d'aquelles per a les que estan previstos, amagant que, malgrat tot, una quarta part dels demandants obtenen algun tipus de protecció.

En alguns països, com Alemanya, Àustria, Espanya, França o Portugal, el nombre de persones a qui s'ha concedit asil s'ha mantingut relativament estable, en relació amb el nombre de demandes de protecció que han estat refusades, en nombre molt gran, sobretot en la dècada 1985-1995; mentre que a d'altres, com a Finlàndia, o Dinamarca i Suècia (aquests darrers només fins a finals dels noranta), van anar augmentant progressivament les seves capacitats d'acollida, cosa que s'expressa en una certa correlació entre el nombre de concessions d'asil i de demandes refusades, sense que aquestes darreres superin àmpliament les primeres [III.2.D/BC].

e. Estats de trànsit

65. Alguns estats europeus reben demandes d'asil que cessen abans que s'acabi el procediment d'examen de les sol·licituds de protecció, normalment perquè els demandants ja no es troben en el país. S'infereix d'això que, els estats en els quals molts procediments cessen per motius diferents de la concessió o el refús d'asil (incloent-hi les decisions d'admissibilitat i reconeixements de refugi), són *utilitzats*, majoritàriament, com estats de trànsit cap a d'altres destinacions.

En el conjunt d'estats aquest fenomen augmenta progressivament des de 1984 (6.880 casos) fins al 1991 (42.797 casos). L'any 1992, el nombre de procediments que s'acaben perquè el demandant ha desaparegut (o perquè s'ha mort) duplica el nombre de l'any anterior, amb 92.860 casos. El nombre d'ocasions de cessació del procediment per motius diferents al d'una decisió formal o substantiva de la sol·licitud d'asil és especialment elevat en els anys 1999-2002 (pels volts de 150.000 casos per any).

Des dels anys 1998-1999, aproximadament, els estats que, d'acord amb les dades, podrien ser *utilitzats* com a estats de trànsit, són, principalment, estats que són membres de la Unió Europea des del mes de maig de 2004 o estats candidats; i, també Àustria i Espanya, i, en menor mesura Irlanda, Finlàndia i els Països Baixos (aquest darrer fins a finals dels anys noranta) [III.2.E/Fb/K].

En el període 1998-2003, a Àustria 77.150 procediments van cessar per motius diferents d'una decisió formal o substantiva (24.523 casos el 2003, per exemple); i a Espanya, entre 1999 i 2003, van cessar 23.427 procediments.

Pel que fa als estats de recent incorporació, a la República Txeca han cessat 35.717 procediments des de 1997; a Eslovàquia 26.701 des de 1993, produint-se un augment significatiu des de 1999, amb 1.030 casos, fins l'any 2003 amb gairebé deu mil (9.788); a Eslovènia, des de 1996, han cessat 13.004 casos; a Hongria, 25.587, des de 1991; i a Polònia 16.402, des de 1993 [III.1.E].

f. Protecció i refús d'asil en relació amb les decisions substantives

66. En general, el nombre de decisions en què s'ha concedit asil en relació amb les decisions substantives ha baixat des de 2001. En alguns estats, aquesta davallada és força significativa, com en el cas del Regne Unit, a on, mentre que l'any 1999 el 60,63% de decisions substantives es van resoldre a favor de l'asil, l'any 2000, només es van resoldre favorablement el 33,02% de les decisions; el 2001, el 28,87%; el 2002, el 31,43%; i el 2003, només el 20,53% de les decisions substantives van ser favorables a la concessió d'asil.

A Alemanya, en els dos darrers anys, només el 9,32% (2002) i el 6,95% (2003) de les decisions substantives han estat favorables a l'asil; i a França, en els darrers anys el percentatge ha estat entre el 13 i el 18%. En el cas d'Espanya, mentre que al 1999, el percentatge era de 35,26% de decisions favorables a l'asil, el percentatge ha anat baixant fins al 14,70% l'any 2003 [III.2.BC/Fa/J].

El nombre de persones que demanen asil en un estat de la Unió Europea i que no l'obtenen ha anat augmentant en els darrers anys, situant-se al capdavant del rànquing, per aquest ordre, el Regne Unit, Alemanya, els Països Baixos, França i Suècia. Espanya es situa en dotzè lloc, entre els estats en què, en termes absoluts, és menys probable obtenir asil [III.2.D/E].

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

67. En el tractament de qüestions relacionades amb les migracions, tant si són forçoses com *voluntàries*, es solen distingir dos models ideals bàsics. La doctrina els ha anomenat en els darrers anys el marc o l'estructura *realista* de la seguretat interior, i el marc *liberal* dels drets humans¹, però les dues perspectives han estat presents des de pràcticament els inicis de la dogmàtica *iusinternacionalista*. Així, per exemple, Emer de Vattel partia de l'estat i parlava del dret de tot home, inclosos els exiliats o expulsats, de viure en algun lloc, *sempre que això no manllevés la seguretat de l'estat que l'acollís*², mentre que, abans, Hug Groci, des de la perspectiva de l'individu, havia considerat que no es podia negar *perpetua habitatio* a aquells que havien estat expulsats de les seves pàtries i demanaven ser acollits, si es sotmetien a l'*imperi* constituït i a tot el que fos necessari per evitar sedicions³.

El primer model, centrat en l'estat, actualment es concentra en la qüestió dels controls fronterers i destaca les derivacions internes de la sobirania estatal. En aquest marc, s'esborra la distinció entre els diferents tipus de fluxos de persones que travessen fronteres internacionals. Refugiats, demandants d'asil i immigrants irregulars són igualment percebuts únicament com a *nacionals de tercers estats*, l'entrada dels quals en el territori no és lliure i sí objecte de control i autorització. El marc anomenat *liberal*, per contra, posa més en relleu les normes relatives a drets humans i es centra en l'individu. En aquest marc, d'acord amb això, es subratlla el dret dels refugiats de rebre

¹ Sandra Lavenex, *Security Threat or Human Right? Conflicting Frames in the Eastern Enlargement of the EU Asylum and Immigration Policies*, EUI Working Paper RSC No.2000/7, San Domenico (Itàlia): European University Institute, 2000, pàg. 6. En aquest sentit, alguns parlen de la *bicefàlia* o naturalesa doble o *bifront* de l'asil Diego López Garrido, *El derecho de asilo*, Madrid: Trotta, 1991, pàgs. 13-19.

² Segons Vattel, *fi ce droit est nécessaire & parfait dans sa généralité, il faut bien observer, qu'il n'est qu'imparfait à l'égard de chaque pays en particulier. Car d'un autre côté, toute Nation est en droit de refuser à un Etranger l'entrée de son pays, lorsqu'il ne pourroit y entrer sans la mettre dans un danger évident, ou sans lui porter un notable préjudice. Ce qu'elle se doit à elle-même, le soin de sa propre sûreté, lui donne ce droit. Et en vertu de sa Liberté naturelle, c'est à la Nation de juger si elle est, ou si elle n'est pas dans le cas de recevoir cet Etranger.* Emer de Vattel, *Le Droit des Gens ou Principes de la Loi Naturelle, appliqués à la Conduite et aux Affaires des Nations et des Souverains*, vol. I, Ginebra: Slatkine Reprints-Henry Dunant Institute, 1983 (reproducció de l'edició de la Carnegie Institution of Washington de 1916, que alhora era la reproducció dels Boooks I i II de l'edició de 1758), Livr. I, Chap. XIX, §229-230, pàg. 210.

³ Hugo Grotius, *De iure belli ac pacis*, (anotat per R. Feenstra i C.E. Persenaire), Leiden: Scientia Verlag Aalen, 1993 (primera edició original de 1625), Lib. II, Cap. II, § XVI, pàg. 201.

protecció i de tenir accés a procediments d'asil adequats⁴. Aquesta darrera perspectiva reivindica la recuperació del fonament moral de la protecció dels refugiats i demandants d'asil, mitjançant la promoció del que s'ha anomenat una *ethical refugee policy*⁵.

Durant els primers anys de funcionament de la Convenció de Ginebra, aquesta motivació ètica va passar a un segon terme per l'existència d'un incentiu econòmic en l'admissió dels refugiats, basat en la necessitat de ma d'obra treballadora. Actualment, mancant aquest, les consideracions humanitàries són un estímul pobre per als estats, en un context social i polític on és present un problema d'erosió dels valors compartits⁶.

Aquestes dues perspectives, que tradueixen dues maneres d'acarar la qüestió dels demandants d'asil també van ser posades de manifest per l'*Institut de Droit International* l'any 1950 a la sessió de Bath, celebrada abans de l'adopció de la Convenció de Ginebra. En aquella ocasió es deia que, des de l'estat, es considera l'*asil* com a un aspecte més de les relacions interestatals i que, des de l'individu, la recerca d'asil o refugi, parteix del fracàs de l'estat d'origen i, indirectament, de la deslegitimació del conjunt del sistema internacional, que fa que la persona es trobi en una relació *directa* amb la Comunitat internacional⁷.

La dificultat de conciliació entre les dues perspectives es resumeix, amb paraules d'Hèctor Gros Espiell en el fet que l'asil *s'integraria dins d'un sistema internacional d'arrel humanitària de protecció de l'ésser humà de la manera més àmplia compatible amb l'existència de l'ordre jurídic i els drets legítims de l'estat i de la comunitat internacional*⁸.

A. EL DISCURS DE LA SEGURETAT, LA PERSPECTIVA DE L'ESTAT D'ASIL

68. Els canvis en les dinàmiques dels moviments migratoris dels darrers temps han contribuït a justificar que els estats, d'un temps ençà, s'aproximin a totes les qüestions relacionades amb els fluxos migratoris des d'una perspectiva que parteix de les conseqüències que aquests fluxos tenen respecte de la seva *seguretat*, entesa en sentit

⁴ Sandra Lavenex, *Security Threat or Human Right?*, loc. cit., pàgs. 6 i 17-18.

⁵ Respecte de la immigració en general, també alguns autors es manifesten a favor d'una *ethical immigration policy*, Alexander Tsesis, "Towards a Just Immigration Policy: Putting Ethics into Immigration Law", *The Wayne Law Journal*, vol. 45, núm. 1, 1999, pàg. 170.

⁶ "Reports of Regional Symposia on Challenges to Asylum and Refugee Protection: Reconciling State Interests with International protection: Report of the Symposium on North America and Western Europe [Graduate Institute of International Studies, Villa Rigot, Geneva, 21 October 1997]", *RSQ*, vol 18, núm. 2, 1999, pàg. 11.

⁷ *Annuaire de l'Institut de Droit International*, vol. 43, Sessió de Bath, 1950, tom II, pàg. 210.

⁸ 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. 701-703.

ampli. La idea que presideix aquesta perspectiva és que quan un règim estatal no respecta els drets de l'individu de forma duradora i sistemàtica, i no accepta cap limitació a l'exercici de poder en l'ordre *intern*, constitueix una amenaça en l'ordre *extern* per als altres estats⁹.

El filtratge de les migracions forçoses de gran abast i creixentment indiferenciades a través d'aquesta perspectiva incideix negativament en l'aplicació de la normativa respecte dels refugiats.

El discurs de la seguretat es projecta en l'àmbit intern i en l'àmbit internacional i afecta les condicions d'accés dels refugiats i demandants d'asil al territori d'un estat de protecció i, també, les condicions en què aquesta es concedeix¹⁰. La percepció que els desplaçaments forçosos de població afecten la seguretat internacional i interna dels estats duu aparellada la idea que, per fer front als riscos, cal assegurar la clausura del territori¹¹.

1. Els moviments migratoris forçosos com a amenaça a la seguretat internacional

69. A nivell internacional, esdeveniments relatius a moviments de població a gran escala han estat percebuts per part dels estats com a pertorbadors de la seguretat, com a *crisis* i han estat qualificats, per part del mateix Consell de Seguretat de Nacions Unides, com *amenaces a la pau i seguretat internacionals* en diverses ocasions¹². A

⁹ Léopold Bolesta-Koziebrodzki, *Le droit d'asile*, Leyde: A.W. Sythoff, 1962, pàg. 74-75. També Jack I. Garvey, "Toward a Reformulation of International Refugee Law", *HILJ*, vol. 26, núm. 2, pàgs. 483-484, i J. Kelley, "Refugee Protection: Whose Responsibility Is It Anyway?", *IJRL. Special Issue*, 1990, pàgs. 277-282.

¹⁰ A Europa, *le terme réfugié évoque d'emblée la question de la sécurité intérieure de l'État et du contrôle de l'immigration*. Danièle Joly, "Le Droit d'Asile Dans la Communauté Européenne", *IJRL*, vol. 1, núm. 3, 1989, pàg. 366.

¹¹ L'actitud de replegament dels estats no és nova en la història, com han expressat autors que han posat de manifest aquesta mateixa tendència en els fluxos de refugiats de les Guerres Mundials, com Hannah Arendt, *Los orígenes del totalitarismo*, (traducció de Guillermo Solana), Madrid: Taurus, 1998, pàgs. 353-368.

¹² Per exemple, en el conflicte Iraq/Kuwait, Resolució 688 (1991) de 5 d'abril, preàmbul, punt 4 i §1; en el conflicte de Somàlia, Resolucions 733 (1992) de 23 de gener (preàmbul, punt 5) i 794 (1992) de 3 de desembre (preàmbul, punt 4); en la crisi d'Haití, Resolució 841 (1993) de 16 de juny (preàmbul, punt 15) i 940 (1994) de 31 de juliol (preàmbul, punt 11); en el cas de Rwanda, Resolució 925 (1994) de 8 de juny (preàmbul, punt 12, on es diu que l'èxode massiu cap a països veïns constitueix *una crisis humanitaria de enormes proporciones*) i 929 (1994) de 22 de juny (preàmbul, punt 11); en el cas del conflicte de a Kosovo, Resolució 1199 (1998) de 23 de setembre (preàmbul, §15). Sobre el rol del Consell de Seguretat en crisis que impliquen desplaçaments de població i refugiats, Adam Roberts, "More Refugees, less Asylum: A Regime in Transformation", *JRS*, vol. 11, núm. 4, 1998, pàgs. 382-388. Les implicacions de la primera d'aquestes resolucions van ser analitzades, per exemple, per Thomas M. Franck, "Fairness in the International Legal and institutional System. General Course on Public International Law", *R. des C.*, tom 240, 1993-III, pàgs. 210-213; Giorgio Gaja, "Réflexions sur le rôle du Conseil de Sécurité dans le nouvel ordre mondial. A propos des rapports entre maintien de la paix et crimes internationaux des Etats", *RGDIP*, núm. 2, 1993, pàgs. 297-320; i M.Carmen Márquez Carrasco, "La acción

més, l'argument de l'afectació a la seguretat internacional ha estat utilitzat com a justificador de, per exemple, l'ús de la força armada per part d'estats en casos en què es donaven desplaçaments massius de població, com a *accions obligades per raons d'humanitat*¹³.

Davant d'aquesta perspectiva, una part de la doctrina ha reivindicat el *valor intrínsec* dels principis humanitaris, en el sentit que no haurien de ser tinguts en compte únicament quan les qüestions de seguretat que estan en joc posen en perill la pau i seguretat internacionals¹⁴.

El protagonisme del paradigma de la seguretat s'explica, en part, en el fet que el sistema internacional estaria experimentant una transició entre dos sistemes de normes de protecció internacional que es troben en competència: d'una banda, les normes relatives a la sobirania i al principi de no intervenció que, essencialment, protegeixen els estats i les fronteres, i, d'altra banda, les normes relatives a drets humans que, per contra, s'adrecen a la protecció dels individus¹⁵. Els drets humans individuals haurien estat històricament *més o menys subordinats als drets de les nacions d'existir en tant que estats sobirans*¹⁶, però, recentment, la resposta a emergències humanitàries comporta l'exercici de l'anomenada *sobirania positiva*, és a dir, sobirania com a *responsabilitat* respecte dels drets bàsics dels éssers humans i no només com a *poder*¹⁷.

Des de la perspectiva dels estats, especialment, els estats de rebuda, els fluxos migratoris forçosos es consideren com a amenaces a la seguretat internacional perquè es produeixen traspassos fronterers no consentits *en contra de les expectatives tradicionals del sistema jurídic internacional*¹⁸.

En cas de desplaçaments de poblacions de gran abast, el problema relatiu a la seguretat resulta dels riscos de desestabilització de la regió on es produeix el fenomen i

del Consejo de Seguridad por razones humanitarias: el caso de los refugiados kurdos", Pablo Antonio Fernández Sánchez (coord.), *Refugiados: derecho y solidaridad*, Sevilla: Ed. Universidad de Sevilla, 1994, pàgs. 81-112.

¹³ Sobre aquesta qüestió en el cas del conflicte de Kossovo, Santiago Ripol Carulla, "El Consejo de Seguridad y la defensa de los derechos humanos. Reflexiones a partir del conflicto de Kosovo", *REDI*, vol. LI-1999, núm. 1, pàgs. 63-69.

¹⁴ Laurence Boisson de Chazournes, "The Collective Responsibility of States to Ensure Respect for Humanitarian Principles", A. Bloed et al. (eds.), *Monitoring Human Rights in Europe. Comparing International Procedures and Mechanisms*, Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1993, pàg. 255.

¹⁵ Carola Weil, "The Protection-Neutrality Dilemma in Humanitarian Emergencies: Why the Need for Military Intervention?", *IMR*, vol. 35, núm. 1, *spring* 2001, pàg. 82.

¹⁶ *Ibidem*, pàg. 82.

¹⁷ Kofi A. Annan, "Pacemaking, Military Intervention, and National Sovereignty in Internal Armed Conflict", Jonathan Moore (ed.), *Hard Choices. Moral Dilemmas in Humanitarian Intervention*, Lanham, Boulder, New York, Oxford: Rowman & Littlefield Publishers, INC., 1998, pàg. 57. *Vid. també infra* Capítol VI.B. final.

¹⁸ Robert McCorquodale, "International Law, Boundaries and Imagination", David Miller, H. Hashmi, Sohail (eds.), *Boundaries and Justice. Diverse Ethical Perspectives*, Princeton, Oxford: Princeton University Press, 2001, pàg. 151.

de desequilibri intern en els països que en pateixen directament les conseqüències, per exemple, que comparteixen frontera terrestre amb estats en conflicte. En aquest sentit, els refugiats *no són només les víctimes tràgiques de la violència, coerció i desastres, sinó també reptes a les normes tradicionals de sobirania i definicions de seguretat*¹⁹.

El paradigma de la seguretat té dimensions diverses a escala internacional. Més enllà de la seguretat dels estats de sortida i de rebuda de les persones, inclou aspectes de seguretat social, econòmica o medi ambiental, o seguretat humana en general. Per això, agents internacionals com l'ACNUR proven d'adaptar el seu mandat a les circumstàncies per gestionar la qüestió dels refugiats com un aspecte dels moviments de població en termes de seguretat dels refugiats i de la pròpia actuació més que en termes de procediments per a l'obtenció d'asil²⁰.

En general, l'atenció es concentra cada cop més en les dimensions relatives a la seguretat dels moviments de població entre estats i, com a assenyalat Goodwin-Gill, a partir d'això, *és fer només un petit pas veure els refugiats per ells mateixos com una amenaça*²¹.

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

70. Diversos factors han contribuït a que en la postguerra freda *les amenaces internes i externes i vulnerabilitats siguin més difuses i subtils que mai*, cosa que explicaria un major èmfasi en les qüestions de seguretat i protecció²². La preocupació per les implicacions respecte de la seguretat dels fenòmens migratoris internacionals i, entre aquests, també dels fluxos de refugiats, no és, però, exclusiva d'aquest període i, de fet, ha estat present en diferents èpoques i amb diferents intensitats.

Actualment, aquesta qüestió es troba en l'agenda política dels estats degut a la creixent consciència que les desigualtats socioeconòmiques i demogràfiques, combinades amb altres factors, com la facilitat en les comunicacions i els transports, fan

¹⁹ Carola Weil, "The Protection-Neutrality Dilemma in Humanitarian Emergencies: Why the Need for Military Intervention?", *loc. cit.*, pàg. 85. També sobre aquesta qüestió, Sadruddin Aga Khan, "Population Movement: its effect on European Stability", Gudmundur Alfredsson, Peter Macalister-Smith (eds.), *The Living Law of Nations. Essays in memory of Atle Grahl-Madsen*, Kehl/Strasbourg/Arlington: N.P. Engel Publisher, 1996, pàgs. 1-5; Jonas Widgren, "International Migration and regional stability", *IA*, vol. 66, núm. 4, octubre 1990, pàgs. 749-766.

²⁰ Howard Adelman, "From Refugees to Forced Migration: The UNHCR and Human Security", *IMR*, vol. 35, núm. 1, *spring* 2001, pàg. 7; i Mark Cutts (ed.), *The State of the World's Refugees. Fifty Years of Humanitarian Action*, Oxford: UNHCR-Oxford University Press, 2000, pàgs. 284-287.

²¹ Guy S. Goodwin-Gill, "Refugees and Security. Editorial", *IJRL*, vol. 11, núm. 1, 1999, pàg. 3.

²² Robert Mandel, "What Are We Protecting?", *Armed Forces & Society*, vol 22, núm. 3, *spring* 1996, pàg. 342.

les societats democràtiques *permeables*²³. L'augment generalitzat de les demandes d'asil en els estats europeus durant els primers anys noranta van contribuir a minar la *credibilitat* dels controls migratoris estatals, i a augmentar la confusió entre els fluxos de refugiats i els moviments migratoris no forçosos.

En la postguerra freda, es produeixen fenòmens en certa mesura contradictoris que afecten els refugiats ja que, per un costat, *els estats refusen abandonar el seu dret de determinar l'estatut jurídic d'aquests*, però, alhora, *vacil·len respecte de la seva responsabilitat d'abordar aquestes determinacions com a necessitats humanes dels desarrelats*²⁴. Els canvis en els moviments migratoris forçosos d'aquest període històric s'esdevenen en un context de *globalització* de processos de caràcter principalment econòmic, la qual cosa modifica les bases del règim sobre els refugiats i l'allunya de la sola dependència de l'estat²⁵. La reglamentació existent, però, descansa en la figura de l'estat com a subjecte necessari en la protecció dels refugiats, ja que en el moment de fer-se la Convenció de Ginebra, l'estat era l'únic que podia efectivament disposar de territori on concedir asil.

La realitat presenta avui dia l'estat i la seva construcció jurídica immersos en complexos processos de transformació i *reconfiguració*²⁶. Els conceptes de sobirania i territori sobre els que es basa bona part del sistema internacional han estat *reconstituïts* i, en part, *desplaçats* a àmbits institucionals situats fora de l'estat en el sentit tradicional. En aquest sentit, es diu que la sobirania ha estat *descentralitzada*, i que el territori ha estat *parcialment desnacionalitzat*²⁷. El contingut d'allò que fa uns anys s'entenia per *sobirania* actualment es troba en molts àmbits institucionals diferents de l'estat i, així, s'han posat en funcionament règims jurídics funcionals que ja no giren entorn de l'estat definit territorialment.

Les migracions de caràcter econòmic, però també les migracions forçoses, comporten en la majoria d'estats una *renacionalització* del discurs polític²⁸, que exalça la perspectiva de la seguretat, i que contrasta amb la *desposseïció* de l'estat o l'erosió de l'autoritat exclusiva d'aquest en molts altres àmbits en la fase actual de la globalització. L'estat ha passat a ser un agent de la globalització, reduint-se el seu paper de referent

²³ Mark J. Miller, "International migration and security: towards transatlantic convergence?", Emek M. Uçarer, Donald Puchala (ed.), *Immigration into Western Societies: Problems and Policies*, Londres: Pinter, 1997, pàg. 264.

²⁴ Aquest dilema s'expressa en tres aspectes interrelacionats: el creixent refús dels estats de concedir asil, el canvi de la comunitat internacional de la protecció a la contenció, i el canvi dels estats i de la comunitat internacional de les solucions durables a les solucions temporals. Julie Mertus, "The State and the Post-Cold War Refugee Regime: New Models, New Questions", *MJIL*, vol. 20, pàg. 75. En aquest article, força gràficament, Julie Mertus anomena aquest règim de postguerra freda *A Soured Statist Paradigm* (pàg. 74).

²⁵ *Ibidem*, pàg. 72.

²⁶ Saskia Sassen, *¿Perdiendo el control? La soberanía en la era de la globalización*, op. cit., pàg. 41.

²⁷ *Ibidem*, pàgs. 45-47.

²⁸ Aquests conceptes són també els emprats per Saskia Sassen, *ibidem*, pàgs. 17 i 75.

d'una col·lectivitat; i la reacció ha estat *la construcció alternativa del sentit a partir de la identitat*²⁹.

Enfront de tots aquests processos i canvis, en part com a reacció o resistència respecte d'ells, les qüestions vinculades amb la immigració fan ressorgir el discurs nacional en els estats i, a partir de l'argument de la seguretat, simplifiquen les seves implicacions amb polítiques restrictives basades en el control del territori.

En definitiva, es constata que els estats acaren l'arribada de refugiats des de la perspectiva o *paradigma* de la *seguretat*, que parteix de la sobirania entesa com un poder d'autoconservació. En un primer moment aquest paradigma s'identificava amb la conservació de la integritat territorial i la independència política, però, avui dia, l'argument és la defensa de l'entorn ètic cultural que es trobaria *amenaçat* per les migracions forçoses, i s'utilitza com a justificador de les polítiques restrictives de l'asil i d'admissió dels estats³⁰. Bhupinder S. Chimni ha assenyalat en aquest sentit que *l'ús del llenguatge de la seguretat en el context dels refugiats i persones desplaçades tendeix a negar l'autoritzador llenguatge de la protecció i, a més, incrementa el paper del pensament militarista en els afers humanitaris i margina el llenguatge de la solidaritat i la humanitat. Qualsevol cosa avui dia justifica una resposta estratègica o militarista*³¹.

3. Les previsions normatives de la Convenció de Ginebra de 1951 sobre la protecció de la seguretat dels estats de refugi

71. La Convenció de Ginebra sobre l'estatut dels refugiats de 1951 incorpora en el seu articulat previsions per tenir en compte els interessos dels estats d'asil relatius a la seguretat. Ho fa, concretament a les clàusules d'exclusió de l'estatut de refugiats de l'apartat F de l'article 1³², i a l'apartat 2 de l'article 33³³, que permet fer excepcions al

²⁹ Manuel Castells, *Globalización e identidad*, Barcelona: Institut Europeu de la Mediterrània, 2003, pàg. 12.

³⁰ Aquesta reacció dels estats a aquests fenòmens són *derrotes* per als valors liberals. Stanley Hoffman, "The Crisis of Liberal Internationalism", *World Disorders: Troubled Peace in the post-Cold War Era*, Rowman & Littlefield Publishers Inc., 1998, pàg. 85.

³¹ *What is to be protected is no longer the territorial integrity and political independence of a state but its ethnic-cultural life form threatened by everything from environmental degradation to human rights violations to involuntary migration. Everything now justifies a strategic or militaristic response.* Bhupinder S. Chimni, "The Global Refugee Problem in the 21st Century and the Emerging Security Paradigm: A Disturbing Trend", Anthony Anghie, Garry Sturgess (eds.), *Legal Visions of the 21st Century: Essays in Honour of Judge Christopher Weeramantry*, The Hague/London/Boston: 1998, pàgs. 286-287. El paradigma seguritari erosiona el principi de *non-refoulement* i provoca la confusió i el tractament equivalent de situacions essencialment diferents, com són la dels refugiats i la de delinqüents o altres estrangers, immigrants irregulars. Com posa en relleu aquest autor, *the language of protection (...) do not demand open borders but contend that justifiable community boundaries do not dictate exclusion (...) It demands that under no circumstances should the principle of "non-refoulement" be eroded* (pàgs. 298-299).

³² L'apartat F de l'article 1 de la Convenció de Ginebra de 1951 diu que *(l)es disposicions d'aquesta Convenció no seran aplicables a persones respecte de les quals hi ha raons fonamentades per pensar: a)*

compliment per part dels estats de la regla de *non-refoulement*. Les qüestions relatives a l'amenaça a la seguretat d'un estat que poden justificar l'exclusió de l'estatut de refugiat han d'examinar-se en la decisió de fons sobre la sol·licitud de protecció³⁴ i, només les condicions de l'apartat 2 de l'article 33 autoritzen l'estat a retornar un refugiat, fins i tot al lloc d'origen, on corre el risc de patir persecució, si s'estableix que existeix un perill per a la seguretat nacional o que la comunitat nacional està amenaçada. L'estàndard de prova és encara més exigent en el segon supòsit que en el primer³⁵.

L'objectiu de l'article 1§F no és protegir l'estat d'asil, sinó identificar qui no mereix la qualificació de refugiat, i no autoritza els estats per *refusar* l'admissió en el territori dels demandants d'asil que podrien haver comès actes de violència dels inclosos en aquesta disposició³⁶. Així com tampoc els motius que es preveuen al paràgraf 2 de l'article 33 per justificar el *refoulement* d'un refugiat poden ser utilitzats per tal de refusar aquest estatut, malgrat que aquesta és l'opció de la Directiva 2004/83/CE *per la que s'estableixen normes mínimes relatives als requisits per als reconeixement i l'estatut de nacionals de tercers països o apàtrides com a refugiats o persones que necessiten un altre tipus de protecció internacional i al contingut de la protecció*

que han comès un crim contra la pau, un crim de guerra o un crim contra la humanitat, en el sentit dels instruments internacionals elaborats per preveure disposicions relatives a aquests crims; b) que han comès un crim greu de dret comú fora del país d'acollida abans de ser-hi admesos com a refugiats; c) que és culpable d'actes contraris a les finalitats i principis de Nacions Unides.

³³ L'apartat 2 de l'article 33 de la Convenció de Ginebra diu que: (e) *l benefici de la present disposició no podrà ser invocat per un refugiat quan hi hagi raons fundades per considerar-lo com un perill per a la seguretat del país on es troba o que, havent estat objecte de condemna definitiva per un crim o delictes particularment greus, constitueixi una amenaça per a la comunitat d'aquest país.*

³⁴ A França, el Consell d'Estat ha confirmat, per exemple, l'aplicació de l'apartat F de l'article 1 de la Convenció de Ginebra a un dirigent d'una organització terrorista, el PKK (partit obrer del Kurdistan), en la mesura que la seva pràctica d'atemptats contra la població civil comportava l'existència de *crims greus de dret comú*, en una decisió de 9 de novembre de 2005; Conseil d'État (Fr), decisió de 9 de novembre de 2005, afer *Riza A.*, núm. 254882, *AJDA*, núm. 5, 2006, pàg. 271.

³⁵ La jurisprudència dels estats també té mostres d'interpretació estricta de l'apartat F de l'article 1. La Cort suprema del Canadà, per exemple, va considerar que si bé el tràfic internacional de drogues constituïa un problema extremadament greu que les Nacions Unides han intentat resoldre, en absència de designació expressa com a acte contrari a les finalitats i principis de Nacions Unides, o de previsió en instruments internacionals que precisin que aquest tràfic és una violació greu dels drets fonamentals de la persona, els individus no podien ser privats del benefici de la protecció essencial de la Convenció de Ginebra per haver comès aquest tipus d'actes. Jean Gabriel Castel, "Chronique de jurisprudence canadienne 1990-1998" (pàgs.797-844) "Etrangers (condition des). *Cour suprême du Canada* 1998 *Pushpanathan c. Canada* [1998] 1 R.C.S.982", *JDI*, núm. 3, 1999, pàgs. 809-812.

³⁶ Així, quan una persona que ha comès actes criminals greus abans d'arribar al país d'acollida hi demana asil, els estats han de veure fins a quin punt aquests actes són de naturalesa política de tal manera que el retorn al lloc d'origen abocaria la persona a persecució, o bé, la seva comissió no fa mereixedor el demandant de rebre protecció. El alguns casos als Estats Units d'Amèrica s'ha considerat aplicable el test de la proporcionalitat, així el Board of Immigration Appeals, avalat en aquest cas per la Supreme Court, ha considerat que *in evaluating the political nature of a crime, we consider it important that the political aspect of the offense outweigh its common-law character. This would not be the case if the crime is grossly out of proportion to the political objective or if it involves acts of an atrocious nature.* Supreme Court of the United States (USA), opinion of the Court N° 97-1754 *Immigration and Naturalisation Service, petitioner v. Juan Anibal Aguirre-Aguirre*, de 3 de maig de 1999, *ILM* vol. XXXVIII, juliol 1999, pàg. 793.

*concedida*³⁷. Les previsions de l'article 1§F i les de l'article 33§2 no són intercanviables.

Els estats, davant dels fluxos de refugiats percebuts com a *massius*, han tendit, en general, a confondre totes dues disposicions i a utilitzar els criteris de l'apartat F de l'article 1 per excloure els refugiats en el període de preadmissió. Segons la Convenció, però, el *refoulement* només està autoritzat en última instància, quan es compleixen els criteris de l'apartat 2 de l'article 33, és a dir, quan és estrictament necessari protegir la seguretat del país o la comunitat de l'estat d'asil d'un *risc important i inacceptable de dany*³⁸.

72. La regla del *non-refoulement*, en la seva versió de la Convenció de Ginebra, no va ser configurada amb caràcter absolut, a diferència del que passa en altres instruments internacionals, com la Convenció de l'OUA de 1969 que regeix els aspectes propis de la protecció dels refugiats a l'Àfrica³⁹. Aquestes excepcions no es poden aplicar amb caràcter col·lectiu a allunyaments massius de persones i, en cas que s'admetés que poden aplicar-se al refús en frontera dels demandants d'asil, les nocions de seguretat nacional i ordre públic haurien d'aplicar-se d'acord amb el principi general de proporcionalitat. Així, la noció d'asil provisional i els principis de solidaritat internacional han de ser tinguts en compte com a correctius a les excepcions que es preveuen en l'aplicació de la regla de *non-refoulement*⁴⁰.

La doctrina entén que la configuració del *non-refoulement* en la Convenció de Ginebra com una norma de caràcter relatiu és una adaptació del principi de reciprocitat en les relacions entre l'estat i el refugiat. Els estats només tenen obligacions de protecció envers els refugiats en la mesura que aquests respectin els països d'acollida, es condueixin d'acord amb les seves normes i no posin en perill els seus elements essencials⁴¹. Atès que es tracta d'una regla imperativa, les derogacions al *non-*

³⁷ 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 304/18 (12-23), article 14§4.

³⁸ Aquesta qüestió de la distinció i complementarietat de les dues disposicions s'examina a James C. Hathaway, Colin J. Harvey, "Framing Refugee Protection in the New World Disorder", *CILJ*, vol. 34, núm.2, 2001, pàgs. 257-296. Aquests autors consideren que en aquest cas no és necessari fer cap judici addicional de proporcionalitat entre el risc que corre la seguretat de la comunitat del país d'asil i el risc del refugiat.

³⁹ Aquesta Convenció contempla la regla de *non-refoulement* sense cap tipus de qualificació en l'article II.3, cosa que fa pensar que es configura com una obligació de caràcter absolut.

⁴⁰ 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, pàg. 7.

⁴¹ François Julien-Lafferrière, "Le traitement des réfugiés et des demandeurs d'asile au point d'entrée", *RUDH*, 1990, pàg. 57.

refoulement, han de considerar-se d'aplicació excepcional i aplicar-se únicament en casos extrems⁴².

Així doncs, la mateixa Convenció de Ginebra de 1951 conté una concepció pròpia de l'equilibri d'interessos entre els refugiats i els estats d'asil o, el que a aquests efectes és el mateix, una estratègia per a la ponderació de les qüestions relatives a la seguretat interna dels estats respecte del fonament humanitari de la protecció. Altra cosa és que aquest equilibri pugui ser resolt d'altres maneres, més protectores de la dignitat humana, bé per part dels estats en les seves legislacions nacionals⁴³, bé en seu regional. Els estats membres del Consell d'Europa, per exemple, comparteixen un estàndard més elevat respecte de la protecció dels drets humans, i això fa que els sigui exigible una protecció major de determinats drets que podrien quedar compromesos amb una interpretació estricta de l'article 33 de la Convenció de Ginebra. Segons la interpretació donada pel Tribunal europeu per a la protecció dels drets humans, l'article 3 del Conveni europeu de drets humans i llibertats fonamentals obliga els estats a no expulsar o allunyar de la manera que sigui del seu territori persones que són una amenaça pel país, però que podrien ser sotmesos, si s'executa la mesura d'allunyament, a tortura, o a tractaments inhumans o degradants.

Les excepcions a la regla convencional de *non-refoulement* no són aplicables a les manifestacions d'aquesta regla que han assolit el caràcter de normes consuetudinàries, com en el cas de la prohibició de refús dels demandants d'asil que podrien patir un risc seriós de ser sotmesos a tortura en el país de destí. Com s'ha expressat al Capítol I, aquesta norma és general i imperativa o *inderogable* i, com a conseqüència d'això, *l'excepció prevista a l'article 33.2 de la Convenció de Ginebra autoritzant un estat a refusar o expulsar els refugiats condemnats per delictes o altres crims particularment*

⁴² La doctrina considerat que aquests casos extrems podrien ser, per exemple, quan s'han produït actes terroristes, tràfic d'estupefaents a gran escala, etc. *Ibidem*, pàg. 57; Jean-Marie Henckaerts, "The Current Status and Content of the Prohibition of Mass Expulsion of Aliens", *HRLJ*, vol. 15, núm. 8-10, 1994, pàg. 316; Rosy Baclet-Hainque, *Réfugiés et asile politique en France depuis la troisième république*, thèse-Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris (Paris II), 1985, pàgs. 538-570.

⁴³ A Itàlia, per exemple, el Tribunal de Roma va establir que l'article 10§3 de la Constitució es configurava com un *diritto soggettivo perfetto* que sorgeix quan un estranger no pot exercir efectivament en el seu país d'origen les llibertats democràtiques garantides per la Constitució italiana. En aquest cas es tractava d'establir el dret d'Abdullah Oçalan d'obtenir asil a Itàlia, tot i que en el moment de la sentència ja no es trobava en el territori, sinó en una presó turca, i havent rebut una condemna a mort. El Tribunal va considera que primava el dret a l'asil, envers el deure d'extradició malgrat els actes delictius comesos: *Nella specie la spinta idelale dell'attività di Oçalan (che ha dato luogo a delitti obiettivamente gravi) è stata costantemente il riconoscimento dei diritti del popolo curdo, diritti fino ad ora contestati e conculcati. Tale motivazione -politica sul piano dei valori assoluti e certamente degna di considerazione sia nell'attuale contesto che in una prospettiva storica- funge da contrappeso all'entità delle offese arretrate. Pertanto, anche sul piano del diritto interno, per effetto del divieto di estradizione posto costituzionalmente per i diritti politici, sussiste il diritto dell'attore a non vedersi estradato così che, sotto questo profilo, l'attività delittuosa a lui contestata non può condizionare negativamente il riconoscimento del diritto di asilo.* Tribunale Roma (Itàlia), sentència d'1 d'octubre de 1999, *Oçalan c. Presidenza Consiglio ministri e Ministero interno*, *RDI*, vol. LXXXIII, fasc. 1, 2000, pàg. 248.

*greus o que constitueixin un perill per a la societat del país d'acollida esdevé (...) inoperant*⁴⁴.

4. Els moviments migratoris forçosos com a amenaça a la seguretat interna dels estats

73. A nivell intern, també s'ha incorporat aquest paradigma de la seguretat en l'aproximació que fan els estats a la qüestió dels refugiats i els demandants d'asil. Certament, les consideracions de política exterior influencien les polítiques sobre asil quan existeix la percepció que la seguretat internacional en termes polítics o militars està en perill, però, generalment, tenen més pes els factors nacionals de tipus econòmic, cultural i ideològic⁴⁵. En aquest sentit, la percepció d'una amenaça a la seguretat interior dels estats creada per les migracions en general o *psicosi migratòria*⁴⁶, es refereix més que a la *seguretat física*, a la *seguretat ontològica...*, *que crea un desig de identitats socials estables*⁴⁷.

Des de la teoria de les relacions internacionals, es considera que hi ha hagut una progressió des d'un concepte de la seguretat com a seguretat *de l'estat*, en termes polítics (sobirania) o militars, cap a un altre que rau en la seguretat o inseguretat *de la societat*. Ole Waever va definir en els anys noranta el concepte de *seguretat societal*, per explicar la nova percepció de la seguretat a Europa, en entendre que *en el sistema internacional contemporani, la seguretat societal fa referència a la capacitat d'una societat de perseverar en el seu caràcter essencial sota condicions canviants i amenaces actuals o possibles, en especial, es tracta de la sostenibilitat, en condicions acceptables d'evolució, de les pautes tradicionals del llenguatge, la cultura,*

⁴⁴ Jean-François Flauss, "Les droits de l'homme et la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés", Vincent Chetail, Jean-François Flauss (eds.). *La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés 50 ans après: bilan et perspectives*, Bruylant: Bruxelles, 2001, pàg. 117. També, Rene Bruin, Kees Wouters, "Terrorism and the Non-derogability of Non-Refoulement", *IJRL*, vol. 15, núm. 1, 2003, pàgs. 5-29.

⁴⁵ Les consideracions nacionals tendeixen a anar en contra d'una política d'asil generosa en situacions de dificultats internes, recessió econòmica, taxa elevada d'atur, amenaça a l'estàndard de vida, pèrdua de confiança en els governs, incertesa sobre el futur... Danièle Joly, *Haven or Hell? Asylum Policies and Refugees in Europe*, Basingstoke: Macmillan, c1996, pàgs. 40-41.

⁴⁶ Joaquín Arango, "Migraciones internacionales y cooperación al desarrollo", *Sistema*, núm. 127-128, 1995, pàg. 55.

⁴⁷ Segons Alexander Wendt els estats estan *socialment construïts* en diferents sentits, per un costat, tenen *identitats socials*, és a dir, el conjunt de significats que cada un s'atribueix a ell mateix adoptant la perspectiva dels altres, com a un *objecte social*, i, per l'altra, una *identitat corporativa*, que es refereix a les qualitats intrínseques que els constitueixen individualment. Aquesta *identitat corporativa* generaria quatre interessos bàsics en l'estat, un, *seguretat física* (que inclou la seva diferenciació d'altres actors), dos, *seguretat ontològica*, tres, *reconeixement* com a actor per part dels altres per sobre i més enllà de la supervivència mitjançant la força bruta, i, quatre, *desenvolupament*. Alexander Wendt, "Collective Identity Formation and the International State", *American Political Science Review*, vol. 88, núm. 2, juny de 1994, pàg. 385.

*l'associació i les identitats i costums religioses i nacionals*⁴⁸. Aquesta definició no permet una determinació objectiva de quines són les amenaces a la *seguretat societal*, sinó que més aviat depèn de la percepció que les societats tinguin de què suposa una amenaça en termes de identitat.

Això ha dut a considerar que les qüestions relatives a la seguretat no ho són ontològicament, sinó que ho esdevenen a través d'un procés de *seguritització* intersubjectiva, o de construcció social. Una qüestió és segurititzada quan *una qüestió és dramatitzada i presentada com a una qüestió de prioritat suprema* i, titllant-la com a qüestió de *seguretat*, un agent rellevant *reclama la necessitat i el dret d'acabar-la amb mitjans extraordinaris*, si finalment s'accepta com a tal per part de l'audiència o societat⁴⁹. En definitiva, per tenir èxit, una seguritització cal que tingui tres components: *amença existencial* (que suposa una necessitat, un punt de no retorn), *acció d'emergència*, i efectes en les relacions entre els actors pel trencament lliure de les regles⁵⁰.

74. El rebuig públic creixent en les societats europees actuals a pràcticament qualsevol tipus d'estrangers obeeix en part a la utilització política persistent de les migracions⁵¹, als discursos contraris a la immigració que han confós deliberadament migració il·legal, delinqüència i demandants d'asil i, en general, a una politització interessada i ascendent de la qüestió migratòria. La seguritització de la migració a Europa s'ha traduït en polítiques restrictives de l'accés a la protecció i del seu contingut, i ha proporcionat *un vehicle perfecte per canalitzar ansietats socioeconòmiques, polítiques i identitàries difuses*⁵².

Sovint el llenguatge de la seguretat ha estat pertorbador en les percepcions de la societat respecte de les migracions, tant forçoses i voluntàries, quan s'ha emprat per fer referència als suposats riscos de desestabilització de l'estat del benestar o l'estructura social o cultural internes en estats europeus⁵³. A més, la consideració de l'afluència de

⁴⁸ Ole Waever, "Chapter 2. Societal security: the concept", Ole Waever, Barry Buzan, Morten Kelstrup, Pierre Lemaitre, *Identity, Migration and the New Security Agenda in Europe*, Londres: Pinter Publishers Ltd, 1993, pàg. 23.

⁴⁹ *Ibidem*, pàgs. 25-26.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 26.

⁵¹ Les normatives internes de control de les migracions es presenten com a necessàries, justificades i proporcionades en funció de la imatge de caos migratori que s'hagi creat, cosa que incentiva a exagerar aquestes imatges per tal d'ajustar-se al *discurs de l'interès nacional*. Catherine Dauvergne, "Confronting Chaos: Migration Law Responds to Images of Disorder", *Res Publica*, 5, 1999, pàgs. 37-38.

⁵² 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, pàg. 125.

⁵³ En el cas d'Espanya s'ha considerat que el model migratori espanyol, és un *sistema d'immigració irregular* per la obsessió de mirar cap a l'interior, la *mitificació* de la territorialitat i la *simplificació de la identitat cultural*. Antonio Izquierdo Escribano, "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., pàg. 135.

demandants d'asil com una qüestió de seguretat interna té un rerafons específic, que és el fals argument de veure la Convenció de Ginebra de 1951 com un instrument que *atempta* contra el dret sobirà de regular i controlar l'entrada en el territori a través dels llocs fronterers.

La Convenció sobre l'estatut dels refugiats va ser concebuda per establir una excepció o modulació de l'exercici discrecional d'aquest dret sobirà en el cas d'una categoria clara de persones que, evidentment, havia d'afectar les polítiques estatals generals relatives a l'entrada d'estrangers en el territori. Passats cinquanta anys de la signatura d'aquella convenció, ara es veu com un element de distorsió del control migratori estatal, i com a una escletxa en la capacitat de l'estat de garantir la *seguretat* interna. Com posa en relleu Erika Feller, les qüestions de seguretat són altres i no poden ser atribuïdes a la protecció dels refugiats: *la incapacitat dels estats de controlar d'una altra manera les seves fronteres, o de deportar els estrangers que no tenen dret a continuar residint en els seus territoris, no poden ser imputats a la Convenció de 1951*⁵⁴.

75. El procés de globalització, que difumina la separació entre els àmbits intern i internacional de les polítiques dels estats, ha fet que es manifestin dues retòriques contraposades. Jürgen Habermas les anomena la *passió llibertària*, que celebra l'obertura de les fronteres, i la *retòrica defensiva* que, enfront de l'*onatge sense control que irromp des de fora*, (...) afirma la voluntat política de tancament de les encluses⁵⁵. Aquesta política d'atrinxerament o *passió proteccionista*, s'adreça en igual mesura al tràfec d'armes o drogues, als immigrants i a les *onades de refugiats que, suposadament, destrueixen la cultura i el nivell de vida local*⁵⁶.

Com ha dit Robert Mandel, la percepció d'*amença* respecte dels refugiats és altament *situacional* i, en aquest sentit, no és tant l'*amença real*, sinó la *percebuda* com a tal allò que influencia més significativament les respostes polítiques⁵⁷. A més, s'ha produït un canvi en allò que les poblacions dels estats consideren interessos o drets *fonamentals*: cada cop més, valors com el manteniment de la pròpia llibertat, determinats principis econòmics, el manteniment dels *estàndards de vida*, són percebuts

⁵⁴ Erika Feller, "The Evolution of the International Refugee Protection Regime", *WUJL&P*, vol. 5, 2001, pàg. 136.

⁵⁵ Jürgen Habermas, *La constel·lació postnacional*, Barcelona, Buenos Aires, México: Paidós, 2000, pàg. 108.

⁵⁶ *Ibidem*, pàgs. 108-109. Com aquest autor posa en relleu, el tema de la seguretat interior sovint és *dramatitzat* per raons electorals (pàg. 93).

⁵⁷ Robert Mandel, "Perceived Security Threat and the Global Refugee Crisis", *Armed Forces and Society*, vol. 24, núm. 1, 1997, pàgs. 77-80. L'arribada de refugiats, s'associa en els estats a tres reaccions: la percepció del creixement de les càrregues econòmiques i ambientals, la percepció del creixement dels riscos polítics, i la percepció del creixement de trastorns culturals, el qüestionament de la pròpia identitat, i la major visibilitat de tensions ètniques, ideològiques racials, religioses, lingüístiques o ideològiques (pàgs. 81-82). També en aquest sentit, Danièle Joly, *Haven or Hell? Asylum Policies and Refugees in Europe*, loc. cit., pàg. 21.

com més fonamentals, en detriment d'altres⁵⁸. Els estats de rebuda, en funció de la interpretació que fan del valor que les seves poblacions assignen a aquests drets *fonamentals*, els donen prioritat davant dels drets humans dels estrangers que arriben al territori i *parlen del dret de protegir la seva pròpia cultura i estàndard de vida enfront dels intrusos estrangers*⁵⁹.

5. Els efectes col·laterals dels atemptats perpetrats l'onze de setembre de 2001 a Nova York, Washington i Pensilvània

76. En aquest context en què les qüestions relatives a les migracions ja havien començat a ser *seguritza des societalment*, els atemptats terroristes de l'onze de setembre de 2001 a Nova York i Washington i l'estavellament d'un avió de passatgers a Pensilvània, van reforçar la tesi de la perillositat potencial de les migracions per a la seguretat interna dels estats, i van provocar una reacció política i normativa per part dels estats i els actors internacionals encara més restrictiva justificada en la lluita contra el terrorisme global⁶⁰. El Consell de Seguretat de les Nacions Unides va adoptar la Resolució 1373 (2001) que implícitament sembla avalar la tesi equivocada que refugi pot ser sinònim de terrorisme, i la Unió Europea ha anat desenvolupat mesures en el marc de la política de lluita contra el terrorisme que no garanteixen suficientment el respecte dels drets fonamentals.

El fet que les persones suposadament implicades en els atemptats terroristes d'11 de setembre fossin d'origen àrab, aparentment naturals de països ni europeus, ni nord-americans, va fer que en l'imaginari col·lectiu es refermés el vincle entre estranger i amenaça potencial. Com ha expressat Elspeth Guild, *(e)ls atacs d'11 de setembre van transformar el rostre de l'estranger en el rostre prima facie del terrorisme*⁶¹. L'enemic passava a tenir una imatge fàcilment reconeixible pels seus trets facials i, l'amenaça, per a la majoria, era quelcom que venia de l'exterior. Aquesta percepció va fer que es revitalitzés el vincle entre territori i seguretat, i que el control sobirà del pas per les fronteres aparegués com a una qüestió vital per evitar la repetició d'esdeveniments semblants. Paradoxalment, mentre el terrorisme global és cada cop més inaprehensible i menys localitzable geogràficament, l'estratègia de seguretat tant a l'Amèrica del nord

⁵⁸ Robert Mandel, "What Are We Protecting?", *loc. cit.*, pàg. 339.

⁵⁹ Julie Mertus, "The State and the Post-Cold War Refugee Regime: New Models, New Questions", *loc. cit.*, pàg. 66.

⁶⁰ Els atemptats van constituir un *fet simbòlic total*, singular, que feia trontollar les bases del sistema ma no pel seu abast real o material, sinó pel seu component de violència simbòlica, insuportable, sense alternativa. Jean Baudrillard, "La violència de lo mundial", Jean Baudrillard, Edgar Morin, *La violència del mundo* (traducció Carles Roche), Barcelona: Paidós, 2004, pàg. 25.

⁶¹ Elspeth Guild, "International Terrorism and EU Immigration, Asylum and Borders Policy: The Unexpected Victims of 11 September 2001", *EFAR*, vol. 8, 2003, pàg. 336.

com a Europa esdevé territorialitzada. I, per això, malgrat cap dels responsables dels atemptats terroristes d'11 de setembre de 2001 era refugiat o demandant d'asil, són aquestes persones les que personalitzen una amenaça potencial major en a l'estratègia de seguretat territorialitzada, ja que, les persones que formen part de migracions forçoses són les que menys permeten que l'estat exerceixi discrecionalment el control sobre l'accés al territori. En aquest sentit, com ha manifestat l'ACNUR, el nexa que s'estableix entre asil i terrorisme, a part de ser fals, perjudica els interessos legítims de qui busca protecció:

Equiparar asil amb safe haven per als terroristes no és només legalment erroni i per tant, no està avalat pels fets, sinó que serveix per vilipendiar els refugiats en el pensament de la gent i promou que es singularitzin persones de races o religions particulars per discriminar-les o assetjar-les per que se les odia⁶².

77. El Consell de Seguretat de les Nacions Unides va adoptar just el dia després dels atemptats la Resolució 1368 (2001) condemnant els atemptats i, el 28 de setembre, la Resolució 1373 (2001) on es feren concrecions sobre la necessitat que els estats adoptessin mesures complementàries per tal d'evitar i castigar la preparació d'actes terroristes. La Unió Europea també va reaccionar davant dels atemptats amb l'aprovació d'un *pla d'acció* en un Consell Europeu extraordinari el 21 de setembre, que desenvolupava el compromís adquirit pels ministres d'afers exteriors el dia següent dels atemptats de reforçar la lluita contra el terrorisme en cooperació amb els Estats Units d'Amèrica i altres països. El *pla d'acció* de la UE es fixava objectius en diversos àmbits: reforçar la cooperació judicial i de policia, desenvolupar els instruments jurídics internacionals, eradicar el finançament del terrorisme, reforçar la seguretat aèria i coordinar l'acció global de la UE⁶³.

Els atemptats terroristes de Madrid d'11 de març de 2004, els de més gran abast patits en el continent europeu fins aleshores, van suposar una actualització del *pla d'acció* per part dels estat membres reunits en Consell europeu el 25 de març, on es va aprovar la *Declaració sobre la lluita contra el terrorisme*.

La política de lluita contra el terrorisme desenvolupada a partir del *pla d'acció* s'emmarcava en un *conjunt normatiu preexistent* però estava empesa per una percepció d'urgència creada arran dels atemptats que va fer que el dispositiu jurídic establert fes *predominar el concepte de seguretat en tant que dret humà natural i imprescriptible*⁶⁴. Les accions de la UE en el marc d'aquesta política i del *pla d'acció* van justificar-se

⁶² ACNUR, *Addressing Security Concerns without Undermining Refugee Protection. UNHCR's perspective*, Ginebra: UNHCR, novembre de 2001, §28, pàg. 6/19.

⁶³ C^{II} Eu, *Conclusiones y plan de acción del Consejo Europeo extraordinario de 21 de septiembre de 2001*, SN 140/01.

⁶⁴ Isabelle Thomas, "La mise en oeuvre en droit européen des dispositions internationales de lutte contre le terrorisme", *RGDIP*, núm. 2, 2004, pàgs. 465-466.

principalment en la Resolució 1373 (2001) del Consell de Seguretat⁶⁵, i van tenir com a base jurídica competències inscrites tant en el primer pilar, comunitari, com en el segon, de la Política exterior i de Seguretat Comuna, com en el tercer, de Cooperació en afers de policia i de justícia en matèria penal.

a. La Resolució 1373 (2001) del Consell de Seguretat

78. La primera reacció a nivell internacional posterior als atemptats d'11 de setembre de 2001 va ser la Resolució 1368 (2001) del Consell de Seguretat on es feia una condemna d'aquests i es qualificaven com una *amença per a la pau i la seguretat internacionals*⁶⁶. La Resolució 1373 (2001) la va desenvolupar instant els estats a complementar la cooperació internacional amb l'adopció de *mesures per prevenir i reprimir en els seus territoris, per tots els mitjans legals, el finançament i la preparació d'actes de terrorisme internacional*⁶⁷. En ella s'estableixen mandats concrets per als estats que, potencialment, mancant elements de cautela complementaris, poden incidir en els drets de les persones que cerquen asil en un estat membre de la Unió i contravenir els estàndards europeus de protecció dels drets humans. En aquest sentit, en el paràgraf 2 de la resolució es *decideix* que tots els estats

c) Deneguin refugi a aquells que financen, planifiquen o cometen actes de terrorisme, o presten recolzament a aquests actes, o proporcionen refugis; i

g) Impedeixin la circulació de terroristes o de grups terroristes mitjançant controls eficaços en frontera i controls de l'emissió de documents d'identitat i de viatge, i mitjançant l'adopció de mesures per evitar la falsificació, l'alteració il·legal i la utilització fraudulenta de documents d'identitat i de viatge

I, en el paràgraf 3, s'exhorta a tots els estats a

f) Adoptar les mesures apropiades de conformitat amb les disposicions pertinents de la legislació nacional i el dret internacional, incloses les normes internacionals en matèria de drets humans, abans de concedir l'estatut de refugiat, amb el propòsit d'assegurar-se que el sol·licitant d'asil no hagi planificat o facilitat actes de terrorisme ni participat en la seva comissió; i

g) Assegurar, de conformitat amb el dret internacional, que l'estatut de refugiat no sigui utilitzat de manera il·legítima pels autors, organitzadors o patrocinadors dels actes de terrorisme, i que no es reconegui la reivindicació de motivacions polítiques com a causa de denegació de les sol·licituds d'extradició de presumptes terroristes

El recordatori sobre la necessitat de no vulnerar les *disposicions pertinents* del dret internacional, incloses les normes *en matèria de drets humans* de l'apartat f) del

⁶⁵ Evelien Brouwer, "Immigration, Asylum and Terrorism: A Changing Dynamic Legal and practical Developments in the EU Response to the Terrorist Attacks of 11.09", *EJML*, núm. 4, 2003, pàg. 400.

⁶⁶ Resolució 1368 (2001) de 12 de setembre, S/RES/1368 (2001), §1.

⁶⁷ Resolució 1373 (2001) de 28 de setembre, S/RES/1373 (2001), §9 del preàmbul.

paràgraf 3 és l'única cautela expressa de la resolució. No hi ha cap altra referència expressa ni a la Convenció de Ginebra de 1951, ni tampoc als estàndards internacionals que prohibeixen que una persona pugui ser retornada a un país on pugui patir tortura o actes inhumans o degradants. Al contrari, sembla que s'avalí la idea que el refugi i l'asil són perillosos i pertorben la sobirania de l'estat per gestionar la seguretat interior, ignorant-se, a més, que el règim internacional sobre l'estatut de refugiat conté mecanismes específics per garantir l'equilibri entre la protecció de la seguretat i els drets dels refugiats⁶⁸. Malgrat els termes en què ha estat redactada la Resolució 1373 (2001), el caràcter imperatiu de la norma de *non-refoulement* hauria d'evitar els riscos d'ampliació de les causes de refús quan hi ha un perill per a la vida o les llibertats de les persones⁶⁹.

La tendència que identifica asil amb terrorisme potencial, no ha estat parcialment corregida fins l'aprovació per part del Consell de Seguretat de la *Declaració sobre la qüestió de la lluita contra el terrorisme* de 20 de gener de 2003⁷⁰.

b. La política europea basada en el pla d'acció de 2001

79. En el marc de la Política Exterior i de Seguretat Comuna s'han adoptat diverses posicions comunes de lluita contra el terrorisme i contra persones, entitats o grups terroristes, especialment per tal de restringir el seu finançament⁷¹. En l'àmbit de la

⁶⁸ L'ACNUR ha considerat que no és necessari modificar els principis en què es basa la protecció dels refugiats per tal d'acabar l'amenaça terrorista que es manifesta amb els atemptats de l'11 de setembre de 2001. ACNUR, *Addressing Security Concerns without Undermining Refugee Protection*, loc. cit., §4, pàg. 1.

⁶⁹ Jean Allain, "The *jus cogens* Nature of *non-refoulement*", *IJRL*, vol. 13, núm. 4, 2001, pàgs. 544-547.

⁷⁰ Resolució 1456 (2003) de 20 de gener de 2003, S/RES/1456 (2003), que estableix un §6, que diu que *(l)os Estados deben cerciorarse de que las medidas que adopten para luchar contra el terrorismo cumplan todas las obligaciones que les incumben con arreglo al derecho internacional y adoptar esas medidas de conformidad con el derecho internacional, en particular las normas relativas a los derechos humanos y a los refugiados*. Les resolucions 1535 (2004) de 26 de març (S/RES/1535, §5 del preàmbul) i 1566 (2004) de 8 d'octubre (S/RES/1566, §7 del preàmbul) també inclouen una referència a la necessitat que les mesures de lluita contra el terrorisme respectin les normes internacionals de drets humans, de dret humanitari i de dret de refugi.

⁷¹ Posició comuna del Consell de 27 de desembre de 2001 *relativa a la lluita contra el terrorisme* (2001/930/PESC), DOCE 28.12.2001, L 344/90-92; Posició comuna del Consell de 27 de desembre de 2001 *sobre la aplicació de mesures específiques de lluita contra el terrorisme* (2001/931/PESC), DOCE 28.12.2001, L 344/93-96. La darrera conté un llistat de persones, grups i entitats que es diu que intervenen en actes terroristes, que s'ha anat actualitzant: Posició comuna 2003/906/PESC del Consell de 22 de desembre de 2003, DOUE 24.12.2003, L 340/77-80. També en el marc del segon pilar, per exemple, la Posició comuna del Consell de 27 de maig de 2002, *por la que se adoptan medidas restrictivas contra Usamah bin Ladin, los miembros de la organización Al-Qaida, los talibanes y otras personas, grupos, empresas y entidades asociadas a ellos y se derogan las Posiciones comunes 96/746/PESC, 1999/727/PESC, 2001/154/PESC y 2001/771/PESC* (2002/402/PESC), DOCE 29.5.2002, L 139/4-5.

Comunitat Europea s'han aplicat i desenvolupat aquestes mesures amb reglaments i decisions de dret comunitari europeu⁷². I, finalment, en base al tercer pilar, s'han adoptat tota una sèrie de normes per a la lluita contra el terrorisme en els àmbits de la cooperació judicial i de policia.

Entre les accions empreses en base a aquest tercer pilar destaquen la creació de *Eurojust*⁷³, la decisió marc per a la creació d'equips conjunt d'investigació entre els estats membres⁷⁴, l'establiment d'un programa marc sobre cooperació de policia i judicial en matèria penal (AGIS)⁷⁵, o les decisions que desenvolupen en aquest àmbit normativa de la PESC⁷⁶. De les normes adoptades en aquest marc, dues han plantejat dubtes importants quant a la seva conformitat amb el respecte dels estàndards europeus de protecció dels drets humans: la decisió marc *sobre la lluita contra el terrorisme*⁷⁷, que prova de definir la noció de terrorisme i conceptes afins i preveu mesures que els estats han d'adoptar en seu interna; i la decisió marc *relativa a l'ordre de detenció europea i als procediments de lliurament entre els estats membres*⁷⁸, totes dues de 13 de juliol de 2002. En la segona es regula l'ordre de detenció europea, que es defineix com a *una resolució judicial dictada per un estat membre en vistes a la detenció i el lliurament per part d'un altre estat membre d'una persona buscada per a l'exercici d'accions penals o per a l'execució d'una pena o una mesura de seguretat privatives de*

⁷² Reglament (CE) N° 2580/2001 del Consell de 27 de desembre de 2001 *sobre medidas restrictivas específicas dirigidas a determinadas personas y entidades con el fin de luchar contra el terrorismo*, DOCE 28.12.2001, L 344/70-75; juntament amb la norma que conté la llista de personas i entitats a les que s'aplica el reglament, essent-ne la darrera actualització la Decisió del Consell de 22 de desembre de 2003 *relativa a la aplicación del apartado 3 del artículo 2 del Reglamento (CE) n° 2580/2001 sobre medidas restrictivas específicas dirigidas a determinadas personas y entidades con el fin de luchar contra el terrorismo y por la que se deroga la Decisión 2003/646/CE (2003/902/CE)*, DOUE 24.12.2003, L 340/63-64. També en el primer pilar s'han adoptat normes més específiques per al cas d'Al-Qaida i altres, com el Reglament (CE) N° 881/2002 del Consell de 27 de maig de 2002, actualitzat pel Reglament (CE) N° 1237/2004 de la Comissió de 5 de juliol de 2004 *por el que se modifica por trigésima sexta vez el Reglamento (CE) n° 881/2002 del Consejo por el que se imponen determinadas medidas restrictivas específicas dirigidas contra determinadas personas y entidades asociadas con Usamah bin Ladin, la red Al-Qaida y los talibanes y por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 467/2001 del Consejo*, DOUE 6.7.2004, L 235/5-6.

⁷³ Decisió del Consell de 28 de febrer de 2002 *por la que se crea Eurojust para reforzar la lucha contra las formas graves de delincuencia* (2002/187/JAI), DOCE 6.3.2002, N° L 63/1-13.

⁷⁴ Decisió marc del Consell de 13 de juny de 2002 *sobre equipos conjuntos de investigación* (2002/465/JAI), DOCE 20.6.2002, N° L 162/1-3.

⁷⁵ Decisió del consell de 22 de juliol de 2002 *por la que se establece un programa marco sobre cooperación policial y judicial en materia penal* (2002/630/JAI), DOCE 1.8.2002, N° L 203/5-8.

⁷⁶ Decisió 2003/48/JAI del Consell de 19 de desembre de 2002 *relativa a la aplicación de medidas específicas de cooperación policial y judicial en la lucha contra el terrorismo de acuerdo con el artículo 4 de la posición común 2001/931/PESC*, DOCE 22.1.2003, N° L 16/68-70.

⁷⁷ Decisió marc de 13 de juny de 2002 *sobre la lucha contra el terrorismo* (2002/475/JAI), DOCE 22.6.2002, N° L 164/3-7.

⁷⁸ Decisió marc del Consell de 13 de juny de 2002 *relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre los Estados miembros* (2002/584/JAI), DOCE 18.7.2002, N° L 190/1-18.

llibertat (article 1.1), y l'anomenat “lliurament” de persones buscades entre estats membres que substitueix els procediments d'extradició.

80. La primera de les dues decisions marc planteja problemes derivats del marge d'interpretació elevat de determinades qüestions, com quan s'utilitzen les nocions de d'atemptat “greu” o “desestabilitzar” greument les estructures fonamentals polítiques, constitucionals, econòmiques o socials d'un país o d'una organització internacional; i també, de la dificultat de definir el terrorisme *independentment de la legitimitat de la lluita en nom de la qual es fan els actes*⁷⁹.

La segona decisió marc comporta dubtes relatius a la garantia dels drets individuals, que poden afectar també els demandants d'asil. La decisió es basa en dos principis bàsics que són: el principi de reconeixement mutu en matèria penal, que permet que una decisió d'un estat sigui també plenament executiva en un altre estat, i el principi de confiança mútua entre els estats, pel que fa a l'aplicació dels principis i garanties pertinents⁸⁰. Els principis de reconeixement mutu i d'equivalència que funcionen en el mercat interior es traslladen a l'àmbit penal, que, a diferència del primer, comporta la gestió contant de drets individuals fonamentals. En primer lloc, el reconeixement mutu aplicat a drets substantius i procediments penals pot provocar situacions de discriminació, en un context en que aquests drets i garanties poden variar considerablement d'un estat a un altre. En segon lloc, suposa una reducció o eliminació dels motius que permetien tradicionalment denegar l'extradició, que ara es simplifica extraordinàriament substituïnt-se pel simple *lliurament*. En aquest sentit, la tendència cada cop més marcada envers la *despolitització* dels actes punibles en el marc dels processos d'extradició fa que *les consideracions relatives a la persecució esdevinguin secundàries en l'examen dels casos*⁸¹.

Finalment, el lliurament de les persones buscades (no només les ja condemnades, en els termes de la decisió marc) comporta un risc que siguin refusades o retornades indirectament (si el país receptor fa un altre reenviament) a un país on la persona pot patir persecució, tortura o tractaments inhumans o degradants prohibits pels estàndards europeus de protecció dels drets humans, sense que la persona hagi tingut l'oportunitat de gaudir d'un procediment individualitzat i amb totes les garanties per impedir l'allunyament⁸². L'aprofundiment en l'harmonització dels règims europeus d'asil i de

⁷⁹ Anne Weyembergh, “L'impact du 11 septembre sur l'équilibre sécurité/liberté dans l'espace pénal européen”, Emmanuelle Bribosia, Anne Weyembergh (dir.), *Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux*, Bruxelles: Bruylant-Nemesis, 2002, pàg. 169.

⁸⁰ Isabelle Thomas, “La mise en oeuvre en droit européen des dispositions internationales de lutte contre le terrorisme”, *loc. cit.*, pàgs. 469-470.

⁸¹ Volker Türk, “Forced Migration and Security”, *IJRL*, vol. 15, núm. 1, 2003, pàg. 116.

⁸² Anne Weyembergh després d'una anàlisi crítica de les decisions marc en el sentit ja assenyalat, considera que la urgència ha estat factor negatiu en el desenvolupament d'aquestes qüestions, i que cal *lograr un equilibrio entre la eficacia y la necesidad de salvaguardar las garantías individuales*. Anne Weyembergh, “L'impact du 11 septembre sur l'équilibre sécurité/liberté dans l'espace pénal européen”, *loc. cit.*, pàgs. 153-195.

drets en general redueixen aquesta eventualitat, però mentre no hi hagi una veritable unitat substantiva i processal continuen existint possibilitats de lliurament prohibit o *refoulement*. L'ACNUR, per aquest motiu, recomana que davant la pràctica eliminació de les excepcions a l'extradició per infraccions amb motivacions polítiques es mantingui obligatòriament la salvaguarda relativa a la no persecució arran del lliurament⁸³.

La política europea de lluita contra el terrorisme ha rebut un nou impuls amb la proposició a finals de 2004 per part de la Comissió de quatre noves normes per aprofundir en altres aspectes tant de la prevenció i repressió del terrorisme, com de la preparació dels estats davant l'eventualitat de nous atacs⁸⁴. L'adequació d'aquestes mesures a la protecció dels drets individuals dependrà del text finalment adoptat.

6. Conseqüències de l'aproximació als fenòmens migratoris forçosos des del paradigma de la seguretat

81. Per als demandants d'asil, la primera conseqüència de la penetració del paradigma de la seguretat en les migracions forçoses és l'augment del grau de sospita respecte d'ells que té la població en general i que es tradueix en polítiques restrictives. S'ha arribat a una situació gairebé perversa en què la incapacitat per distingir les víctimes de persecució o de violació de drets humans dels agents terroristes ha dut a un *estereotip* de demandant d'asil com a estranger fins i tot més especialment perillós que la resta⁸⁵.

⁸³ ACNUR, *Addressing Security Concerns without Undermining Refugee Protection*, loc. cit., §23, pàg. 6.

⁸⁴ Csse, *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. Prevención, preparación y respuesta a los ataques terroristas*, COM (2004) 698 final de 20 d'octubre de 2004; *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la Prevención de y la lucha contra la Financiación del terrorismo a través de medidas para mejorar el intercambio de información, reforzar la transparencia y mejorar la trazabilidad de las transacciones financieras*, COM (2004) 700 final, de 20 d'octubre de 2004; *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. Preparación y gestión de las consecuencias en la lucha contra el terrorismo*, COM (2004) 701 final, de 20 d'octubre de 2004; i *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. Protección de Infraestructuras esenciales en la lucha contra el terrorismo*, COM (2004) 702 final, de 20 d'octubre de 2004. Gilles de Kerchove, director de la Secretaria General del Consell, ha definit els cinc objectius prioritaris de l'acció de la UE en matèria de lluita antiterrorista: (1) millorar la col·laboració entre les autoritats encarregades de la seguretat interior; (2), prevenir i lluitar contra el finançament del terrorisme; (3) millorar la seguretat de les infraestructures públiques, els transports i la protecció de les poblacions en cas d'atac terrorista; (4) intensificar el diàleg amb els estats tercers; i (5) atacar les causes del terrorisme. Gilles de Kerchove, "L'action de l'Union Européenne en matière de lutte contre le terrorisme", *RMCU*, núm. 480, juliol-agost de 2004, pàgs. 422-424.

⁸⁵ Seria naïve considerar que l'asil és immune als abusos, o que els terroristes no poden *utilitzar* els sistemes d'asil, però s'ha arribat fins a la negació de la categoria de víctimes dels refugiats i demandants d'asil; en aquest sentit, Nada Merheb (ed.), *The State of the World's Refugees. Human displacement in the New Millennium*, Oxford: UNHCR-Oxford University Press, 2006, pàgs. 31-61.

La percepció dels fluxos migratoris forçosos com una amenaça a la seguretat té també conseqüències en la gestió que en fan els estats. En primer lloc, duu a que la situació es presenti sovint com una *confrontació* entre els estats de rebuda i els estats de sortida o de trànsit dels refugiats, fins i tot quan aquests no poden controlar la sortida o el pas de persones. Els primers apliquen mesures de tipus *discriminatori* i per *evitar*⁸⁶ l'entrada de refugiats que signifiquen bé el tancament de les fronteres, el refús de les persones que es presenten demanant protecció, o el seu manteniment fora del territori en zones anomenades *segures*; o bé es tradueixen en la limitació de l'accés a serveis socials, de salut i sanitaris, d'educació, etc. per part dels qui es troba dins del país. Les pràctiques dels estats europeus tendeixen a la contenció, la regionalització de la problemàtica dels refugiats⁸⁷ i la repressió de les migracions a partir del paradigma de la seguretat, i això repercuteix en la representació cada cop més tancada i estanca de l'espai nacional⁸⁸.

La percepció dels fluxos migratoris forçosos com una amenaça a la seguretat i les reaccions de clausura de l'espai per part dels estats d'asil té, finalment, conseqüències des del punt de vista normatiu. Des de la creació de l'estatut de refugiat, el deure moral de proporcionar asil, no inscrit expressament en cap instrument internacional obligatori, s'havia anat desenvolupant en obligació jurídica, malgrat, com diu Goodwin-Gill, *at a relatively low level of commitment*⁸⁹. El canvi de perspectiva respecte de les migracions forçoses i de les persones que en formen part ha provocat que sigui qüestionable que el grau de compromís dels estats en la concessió d'asil als refugiats i a altres persones necessitades de protecció continuï sent percebut per ells com a una *obligació jurídica* que va més enllà del que estrictament es disposa en els textos convencionals.

Anant cap a una anàlisi més profunda de les conseqüències de les polítiques dels estats europeus basades en l'òptica de la seguretat, Vera Gowlland-Debbas ha apuntat el risc que les polítiques d'exclusió establertes en nom de la preservació de l'heretatge comú, afebleixin la veritable identitat d'Europa basada precisament en el consens respecte de certs valors que conformen el llegat que es pretén preservar⁹⁰. Segons aquesta autora el resultat que s'observa és una *dissonància cridanera* entre, per una

⁸⁶ Robert Mandel, "Perceived Security Threat and the Global Refugee Crisis", *loc. cit.*, pàgs. 80-87.

⁸⁷ Guy S. Goodwin-Gill "International Law and Human Rights: Trends Concerning International Migrants and Refugees", *IMR*, vol. xxiii, núm. 3, 1989, pàg. 545.

⁸⁸ Marie-Claire Caloz-Tschopp, "Des transformations de l'espace monde, par l'État nation et les exilés. Constats concernant la dynamique des représentations de l'espace dans le domaine du droit d'asile", *Espaces et Sociétés*, núm. 54-55, 2/1988, pàg. 233-234.

⁸⁹ Guy S. Goodwin-Gill, *Refuge or Asylum: International Law and the Search for Solutions to the Refugee Problem*, Paper presentat al Symposium "Refuge or Asylum. A Choice for Canada", York University, Toronto, Canada, 27-30 maig 1986, Ginebra: ACNUR, Núm. Ref. LAW/REF/ASY/86 D, 1986, pàg. 2/18.

⁹⁰ Vera Gowlland-Debbas, "European Asylum policies and the Search for a European Identity", Lars-Erik Cederman (ed.) *Constructing Europe's Identity. The External Dimension*, Boulder (Colorado)/Londres: Lynne Rienner Publishers, 2001, pàg. 222.

banda, els fonaments del nucli de la identitat europea, que contínuament evolucionen en la direcció de reforçar l'estat de dret, la democràcia i els drets humans i, de l'altra, els desenvolupaments de la política i les legislacions sobre asil a Europa⁹¹. Com a resultat de les polítiques d'exclusió, el dret d'asil està sent desenvolupat *com una excepció a l'evolució regional i universal del Dret dels drets humans, essent-ne el resultat net que els demandants d'asil poden trobar-se ells mateixos fora de l'òrbita de la protecció expansiva concedida pel Dret internacional dels drets humans als individus en general*⁹².

Des d'una perspectiva més general, i com ha destacat també Robert Mandel, potser la conseqüència de més gran abast de la percepció dels fluxos de refugiats com una qüestió de seguretat és el desafiament que això posa a la *norma emergent que postula societats multiculturals tolerants, obertes*⁹³.

82. En el context del dret del refugi, malgrat no és la tendència dominant ara per ara, és necessari mirar les qüestions relatives a la seguretat des de totes les vessants, de manera més *holística*, com assenyala Volker Türk⁹⁴. Una aproximació coherent de la seguretat implica tenir en compte la seguretat de la gent, de tothom, especialment d'aquells que cerquen protecció i la realització d'una dignitat personal; en definitiva allò que el Secretari general de les Nacions Unides anomenava *seguretat humana* en la memòria sobre la tasca de l'organització presentada a l'Assemblea General en el 54è període de sessions⁹⁵. Pensar la seguretat únicament en el sentit de seguretat nacional o territorial, és insuficient quan es produeixen situacions d'*inseguretat crònica* per la fam, les malalties, l'atur, o els crims, les guerres i la persecució política o social⁹⁶. Per aquest motiu és encertada la reflexió que ha fet el *Study Group on Europe's Security Capabilities* (coordinat pel *Centre for the Study of Global Governance* de la London School of Economics) en afirmar en un informe de setembre de 2004 que

En el nou context global, la política de seguretat de la Unió Europea ha de ser construïda a partir de la seguretat humana i no només de la seguretat de l'estat. Seguretat humana significa llibertat individual respecte d'inseguretats fonamentals. El genocidi, la tortura generalitzada o sistemàtica, els tractaments inhumans o degradants, les desaparicions, l'esclavatge, i els crims contra la

⁹¹ *Ibidem*, pàg. 222

⁹² *Ibidem*, pàg. 222. Segons aquesta autora, de fet, Europa podria estar en procés de crear una forma de *relativisme cultural*, no en el sentit del rebuig dels valors universals que no s'ajusten a particularitats culturals, sinó en el sentit de la *denegació implícita* de l'aplicació de valors universals a nacionals de tercers estats que cerquen protecció. *Ibidem*, pàg. 227.

⁹³ Robert Mandel, "Perceived Security Threat and the Global Refugee Crisis", *loc. cit.*, pàg. 86.

⁹⁴ Volker Türk, "Forced Migration and Security", *loc. cit.*, pàg. 121.

⁹⁵ AGNU, *Memoria del Secretario General sobre la labor de la Organización*, Suplement núm. 1 (A/54/1), Nova York: Nacions Unides, 1999, §50, pàg. 6/54.

⁹⁶ ICISS, *Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty* (ICISS). *The Responsibility to Protect*, Ottawa: International Development Research Centre, desembre de 2001, §2.23, pàg. 15/91.

humanitat i les violacions greus de les lleis de la guerra tal com es defineixen en l'estatut del Tribunal Penal Internacional (ICC) són formes d'inseguretat intolerable que vulneren la seguretat humana. Les violacions massives del dret a l'alimentació, a la salut i a l'habitatge poden també considerar-se dins d'aquesta categoria, malgrat el seu estatut jurídic sigui menys important. Una aproximació basada en la seguretat humana per a la Unió Europea significa que aquesta hauria de contribuir a la protecció de qualsevol ésser humà individual i no focalitzar la seva acció únicament en la defensa de les fronteres de la Unió, com era l'aproximació a la seguretat dels estats-nació⁹⁷.

Cercar i posar en funcionament accions adreçades a augmentar l'estabilitat en els països generadors d'immigrants forçosos, a *desactivar tensions*, dependrà, així, com apunta Hal Kane de que hom sigui capaç d'*ampliar la visió actual de la seguretat*⁹⁸.

B. EL DISCURS DELS DRETS HUMANS, LA PERSPECTIVA DES DE LA PERSONA

83. El fet que a l'actualitat s'estigui assistint a un ressorgiment de sentiments identitaris i polítiques seguritàries territorialitzades, com a conseqüència de fenòmens d'abast global, entre els quals també hi ha el terrorisme, no pot amagar que la protecció internacional dels drets humans ha tingut i té un paper rellevant en la consideració dels demandants d'asil i, en particular, dels refugiats.

La idea que el dret d'asil es correspon amb la potestat exclusiva de l'estat de manar sobre el territori va canviar quan la realitat va modificar l'abast de la qüestió dels refugiats. Els èxodes que s'han estat produint després de la segona Guerra mundial han fet lluir el caràcter humanitari de la concessió d'asil, i han plantejat que l'asil és també un *deure d'humanitat* per als estats on efectivament es troben els demandants. Des de 1945, com ja apuntava Charles De Vischer en els anys setanta, tot el Dret sobre l'asil pretén cercar un equilibri entre el dret de l'estat de vetllar per la seguretat i el manteniment del seu ordre públic, i el respecte de la persona⁹⁹.

1. Fonament humanitari de la regulació i gestió de les migracions internacionals

⁹⁷ Study Group on Europe's Security Capabilities, *A Human Security Doctrine for Europe. The Barcelona Report of the Study Group on Europe's Security Capabilities*, Barcelona: Caixa de Catalunya, 2004, pàg. 9/35.

⁹⁸ Hal Kane, *La hora de la partida. Fuerzas que generan refugiados y emigrantes* (trad. Marta González Moína), Bilbao: Bakeaz (Centro de documentación y estudios para la paz), 1996, pàgs. 51-52.

⁹⁹ Charles De Vischer, *Théories et réalités en Droit International Public*, 4^a ed., París: Pédone, 1970, pàgs. 202-204.

84. El vincle entre les *migracions forçoses* i els drets humans prové inicialment de l'origen d'aquestes migracions, que acostumen a produir-se com a conseqüència de violacions greus i reiterades dels drets fonamentals de la persona¹⁰⁰.

La manca d'efectivitat en el gaudi de drets i el risc que siguin vulnerats constitueixen normalment les causes dels fluxos tant individuals com col·lectius de persones que cerquen protecció en algun lloc. Així com les necessitats bàsiques fonamenten els drets humans¹⁰¹, també aquests són, per això mateix, la *raó de ser* dels principis de protecció de les persones que cerquen asil i refugi, i la mesura mínima del seu tractament en estats estrangers¹⁰². De fet, el mateix preàmbul de la Convenció de Ginebra indica que el seu propòsit és *assegurar que els refugiats poden exercir els seus drets i llibertats fonamentals en el país de refugi*¹⁰³.

L'arrel humanitària de l'estatut dels refugiats s'inscriu així en la Convenció de Ginebra de 1951 i, en el cas dels desplaçats interns, es troba principalment en el conjunt de normes que configuren el Dret humanitari actual car, sovint, les migracions forçoses es produeixen en situacions de conflicte armat. Precisament, la regulació internacional de l'estatut del refugiat es va considerar necessària, en part, perquè el dret humanitari no s'aplica al territori dels estats neutres o no bel·ligerants, als quals els refugiats poden accedir en temps de guerra¹⁰⁴. El conjunt de normes de dret humanitari s'aplica als refugiats i als desplaçats interns en tant que civils en el marc d'un conflicte armat i, fins i tot, algunes normes estan previstes específicament per als refugiats (Convenció IV, article 44, sobre protecció dels refugiats contra el tractament com a enemics; article 45.4, sobre protecció contra la repatriació forçosa; article 70.2, sobre la garantia de protecció als refugiats anteriors al conflicte). Malgrat tot, en general, aquesta garantia només pot ser efectiva en un nombre reduït de supòsits i, per això, la Convenció de Ginebra és un element necessari de la protecció dels drets humans de les persones que formen part de migracions forçoses internacionals.

¹⁰⁰ Hurst Hannum, *The Right to Leave and Return in International Law and Practice*, Dordrecht/Boston/Lancaster: Martinus Nijhoff Publishers, 1987, pàg. 50-51.

¹⁰¹ Maria José Añón Roig, "Fundamentación de los derechos humanos", Jesús Ballesteros (ed.), *Derechos humanos. Conceptos, fundamentos, sujetos*, Madrid: Tecnos, 1992, pàgs. 100-115.

¹⁰² Les violacions de drets humans són el centre de la definició de refugiat. Pirkko Kourula, *Broadening the Edges. Refugee Definition and International Protection Revisited*, The Hague...: Martinus Nijhoff Publishers, 1997, pàgs. 23-25.

¹⁰³ Niraj Nathwani, *Rethinking Refugee Law*, La Haia, Londres, Nova York: Martinus Nijhoff Publishers, 2003, pàg. 18. Els paràgrafs primer i segon del preàmbul diuen: *Considerando que la Carta de las Naciones Unidas y la declaración Universal de Derechos del Hombre, aprobada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General, han afirmado el principio de que los seres humanos, sin distinción alguna, deben gozar de los derechos y libertades fundamentales; Considerando que las Naciones Unidas han manifestado en diversas ocasiones su profundo interés por los refugiados y se han esforzado por asegurar a los refugiados el ejercicio más amplio posible de los derechos y libertades fundamentales.*

¹⁰⁴ François Bugnion, "Réfugiés, personnes déplacées et droit international humanitaire", *SZIER*, vol. 11, núm. 3, 2001, pàg. 286.

L'asil, com ja s'ha dit en el capítol primer, no és un dret humà reconegut en cap instrument internacional, però sí que es considera un dret *funcional*¹⁰⁵, és a dir, un instrument a través del qual es fa possible la garantia dels drets humans. L'asil és, en aquest sentit, el pressupòsit del gaudi dels drets i llibertats per a algunes persones, un *mitjà indirecte de preservar els drets fonamentals convencionalment garantits*¹⁰⁶.

85.L'aproximació a les migracions forçoses des de la perspectiva dels drets humans en el vessant individual ha conduït a plantejar bàsicament dues reclamacions: en primer lloc, la preservació del nucli del Dret sobre asil i refugi actual, que implica la possibilitat d'actualitzar un dret de cercar asil fora de les fronteres de l'estat d'origen¹⁰⁷; i, en segon lloc, la flexibilització dels mecanismes d'asil, sobretot, en allò que es refereixen a assegurar una protecció temporal i d'urgència *digna*¹⁰⁸.

Des del vessant col·lectiu, la perspectiva dels drets humans comporta també el plantejament d'una solució durable que impliqui el restabliment d'una *comunitat*¹⁰⁹. Així es considera tant o més important que el restabliment de la persona en el gaudi d'un nucli essencial de drets que li assegurï una existència digna, la reinstal·lació de l'individu en un context humà, una comunitat que permeti el seu desenvolupament social i el sentit de pertinença necessaris per a l'acompliment d'un projecte de vida en llibertat. La recerca d'una solució durable comporta un procés d'integració en una societat, que només és reeixit quan la persona assoleix el grau d'autosuficiència necessari per participar en la vida social i econòmica de la comunitat, participa en la *cultura societal* d'aquesta, i obté un determinat nivell d'integritat i d'identitat personal. Com ho expressa Guy Goodwin-Gill, *l'objectiu últim roman la protecció de l'individu, però des d'una aproximació prou àmplia per incloure la dimensió que consisteix en el dret de pertànyer*¹¹⁰.

El fonament humanitari de la protecció dels demandants d'asil s'ha traduït en una evolució del concepte de refugiat així com del seu contingut. Aquí es veurà només fins a

¹⁰⁵ E. Vitta, "Asilo territoriale e diritti dell'uomo", *Estudios de derecho internacional. Homenaje al profesor Miaja de la Muela*, vol. I, Madrid: Tecnos, 1979, pàg. 598. Per a aquest autor, l'asil és, en aquest sentit, una *expectativa legítima*.

¹⁰⁶ Denis Alland, "Le dispositif international du droit de l'asile. Rapport général", *loc. cit.*, pàg. 68.

¹⁰⁷ James C. Hathaway, *Reconceiving International Refugee Law*, The Hague...: Martinus Nijhoff Publishers, 1997, pàgs. XXII-XXIII; Pirkko Kourula, *Broadening the Edges*, *op. cit.*, pàgs. 23-28.

¹⁰⁸ Gervase Coles, "Approaching the refugee Problem Today", Gil Loescher, Laila Mohanan, *Refugees and International Relations*, Oxford: Oxford University Press, 1989, pàgs. 390-409; James C. Hathaway, *Reconceiving International Refugee Law*, *op. cit.*, pàgs. XXII-XXIII; James C. Hathaway, "Reconceiving Refugee Law as Human Rights Protection", *JRS*, vol. 4, núm. 2, 1991, pàgs. 114-121.

¹⁰⁹ Gervase Coles, "Approaching the refugee Problem Today", *loc. cit.*, pàgs. 390-409; James C. Hathaway, "Reconceiving Refugee Law as Human Rights Protection", *loc. cit.*, pàgs. 114-121; Donatella Luca, "La notion de «solution» au problème des réfugiés. Un essai de définition", *loc. cit.*, pàgs. 1-34; Daniel Warner, "The Community of the Refugee", *IJRL*, vol. 3, núm. 4, 1991, pàgs. 731-734.

¹¹⁰ Guy S. Goodwin-Gill, *Refuge or Asylum: International Law and the Search for Solutions to the Refugee Problem*, *op. cit.*, pàgs. 14-15.

quin punt el concepte de refugiat ha variat des de 1951 en la seva significació per la filtració dels drets humans, ja que això dona una mesura de l'abast de la protecció dels demandants d'asil actuals; i contribueix a situar la línia entre els refugiats i els altres demandants d'asil, malgrat són aplicables a tots dos la majoria de mesures de protecció d'emergència en cas de necessitat.

2. La incidència dels drets humans en l'evolució del concepte de refugiat: la noció de persecució

86. Els dos eixos de la noció de refugiat de la Convenció de Ginebra de 1951 són la *persecució* i la *protecció* o, més ben dit, l'absència de protecció.

La noció de persecució no es va definir en la Convenció de 1951 ni tampoc posteriorment en connexió amb la qüestió dels refugiats. Fent una interpretació sistemàtica amb l'article 33 de la Convenció, s'obté que constitueixen persecució actes que posarien en perill la vida o la llibertat de la persona degut a la seva raça, religió, nacionalitat, opinions polítiques o pertinença a un determinat grup social; però, més enllà d'això, no s'estableix si altres actes o amenaces podrien ser també considerats persecució¹¹¹. El terme persecució s'ha definit en altres contextos, com en el cas de la determinació de la competència de la Cort Penal Internacional en l'estatut de juliol de 1998¹¹², però, en aquest cas, no es tracta de definir el concepte de refugiat sinó un determinat tipus de conductes que constitueixen *crims de lesa humanitat* comesos per persones (tot i que les víctimes d'aquests actes poden resultar ser refugiats¹¹³).

En general, els jutges i tribunals dels estats han reduït la noció de refugiat a l'examen de dues qüestions: l'existència d'un perill greu i la manca de protecció per part de l'estat¹¹⁴. Alguns han interpretat que un *perill greu* causat per un dels motius enunciats en l'article 1 de la Convenció requeria una magnitud considerable o sistematicitat de la violació o amenaça de violació d'un dret, i un element de discriminació proporcionat pel motiu de l'acció persecutòria. L'ACNUR considera que

¹¹¹ ACNUR, *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*, Ginebra: ACNUR, reedició de 1992 (1979), §51-52, pàgs. 14-15.

¹¹² Segons l'article 7.2 g) de l'Estatut, s'entendrà per *persecució, la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad*. Estatut de Roma de la Cort Penal Internacional de 17 de juliol de 1998, A/CONF.183/9, Concepción Escobar Hernández (ed.), *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Madrid: Escuela Diplomática-AEPDIRI-BOE, 2000, pàg. 272.

¹¹³ Volker Türk, Frances Nicholson, "Refugee protection in international law: an overall perspective", Volker Türk, Frances Nicholson (eds.), *Refugee Protection in International Law*, op. cit., pàg. 38.

¹¹⁴ Per exemple, House of Lords (United Kingdom), sentència de 25 de març de 1999, afers *Islam (A.P.) (Appellant) versus Secretary of State for the Home Department; Regina versus Immigration Appeal Tribunal and another (respondents) ex parte Shah (A.P.) (Conjoined Appeals)*, ILM, vol. XXXVIII, juliol 1999, pàg. 844.

l'absència de definició en la Convenció indica una deliberada intenció que les formes futures i imprevisibles de persecució, que en cada moment històric s'entengués que ho són, quedessin cobertes per la definició de refugiat. També considera que *la persecució comprèn abusos de drets humans o altres danys greus, sovint però no sempre amb un element sistemàtic o repetitiu. Mentre és generalment acceptat que la "mera" discriminació no pot, en condicions normals, arribar a ser persecució per ella mateixa (malgrat que formes especialment atroces ho seran considerades indubtablement), una pauta persistent de discriminació conscient, juntament amb altres motius arribaran a ser persecució i justificaran protecció internacional*¹¹⁵.

La persecució en el context de la definició de refugiat és un concepte obert, i per això mateix permeable a la concepció contingent de la protecció dels drets humans, i al llinar de tolerància respecte de la seva violació que les societats tinguin. Fins ara, la promoció de la protecció internacional dels drets humans ha jugat a favor d'una comprensió de la noció de persecució cada cop més àmplia, però aquesta evolució no és irreversible.

L'impacte de la protecció internacional dels drets humans ha tingut incidència en la comprensió d'alguns aspectes concrets de la noció de *persecució*. Per exemple, en la definició de *grup social* com a motiu de persecució, i en l'aplicabilitat del refugi en contextos de conflicte armat.

a. La definició de grup social

87.L'ACNUR, en la *Guia de procediments i criteris a aplicar per determinar l'estatut de refugiat*, considera que per un cert grup social, normalment s'entén,

... persones que pertanyen a un grup que tenen el mateix origen i la mateixa forma de vida o el mateix estatut social;

i reconeix que

*El temor de ser perseguit pel fet d'aquesta pertinença es confondrà sovint en part amb un temor de ser perseguit per altres motius, com la raça, la religió o la nacionalitat*¹¹⁶

La qüestió serà doncs, establir, fins a quin punt es pot considerar que existeixen *grups socials* al marge d'aquestes característiques, que si són en el fonament de la persecució, ja per elles mateixes permeten el reconeixement de l'estatut de refugiat, i, quins criteris poden utilitzar-se per considerar la seva existència.

La jurisprudència dels estats, davant de la necessitat de precisar la noció de *grup social*, i de donar-hi un sentit autònom, ha utilitzat els estàndards internacionals vigents

¹¹⁵ ACNUR, *The International Protection of Refugees: Interpreting article 1 of the 1951 Convention relating to the status of refugees*, RSQ, vol. 20, núm. 3, 2001, pàg. 82.

¹¹⁶ ACNUR, *Guide des procédures...*, loc. cit., § 77, pàg. 20.

de la protecció dels drets humans. Per l'anàlisi de la qüestió i la interpretació que finalment ofereixen, han destacat especialment dues sentències: la primera és la sentència dictada per la *Supreme Court* del Canadà en el cas *Ward*, el 30 de juny de 1993¹¹⁷; i la segona, la sentència dictada per la *House of Lords* britànica en els casos *Islam versus Secretary of State for the Home Department* i *Regina versus Immigration Appeal Tribunal Ex parte Shah* (d'ara en endavant *Islam* i *Shah*), el 25 de març de 1999¹¹⁸.

88. EL CAS *WARD* RESOLT PER LA CORT SUPREMA DEL CANADÀ COM A PUNT DE REFERÈNCIA. La interpretació del concepte de grup social als efectes de tenir una persona com a refugiada en el sentit de la Convenció de Ginebra de 1951 va tenir un important punt d'inflexió en la sentència de la *Supreme Court* del Canadà de 1993. Fins aleshores la qüestió havia estat plantejada doctrinalment, defensant uns en un extrem una interpretació extremadament liberal, gairebé com a calaix de sastre per a aquelles persones perseguides per motius diferents de la seva raça, religió, nacionalitat o opinions polítiques, però que tenien alguna cosa en comú, qualsevulla que aquesta fos, que permetés dir que formaven part d'un "grup social"; i defensant els altres, en l'altre extrem, una noció molt restringida que fins i tot depenia de consideracions morals respecte del tret comú a les persones membres del "grup".

La sentència canadenca en el cas *Ward* s'inspira en el paràgraf mencionat del preàmbul de la Convenció de Ginebra, i també en les idees expressades per Guy Goodwin-Gill¹¹⁹ i James Hathaway¹²⁰ sobre que cal inspirar-se en la noció de discriminació per establir el sentit de l'expressió "grup social" de l'article 1 de la Convenció. El refugiats són persones que per alguna raó són diferents, o són considerats diferents de l'agent que exerceix persecució, i que necessiten per aquesta raó una protecció *especial*. La qüestió, arribat aquest punt, és com determinar quan algú pertany a un grup social, i on es troba el límit -si hi és- en la consideració que algú que pateix persecució pertany a un grup social. No pot ser que *qualsevol associació que tingui alguns punt en comú hi estigui inclosa*. Si aquest fos el cas, hauria estat inútil

¹¹⁷ Supreme Court (Canadà), sentència de 30 de juny de 1993, afer *Canadà (Procureur général) contre Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689, UNHCR Refworld-Legal Information.

¹¹⁸ House of Lords (United Kingdom), sentència de 25 de març de 1999, afers *Islam (A.P.) (Appellant) versus Secretary of State for the Home Department*; *Regina versus Immigration Appeal Tribunal and another (respondents) ex parte Shah (A.P.) (Conjoined Appeals)*, loc. cit., pàgs. 829-853.

¹¹⁹ The references to "race, religion, nationality, membership of a particular social group, or political opinion" illustrate briefly the characteristics of individuals and groups which are considered worthy of special protection. These same factors have figured in developments of the fundamental principle of non-discrimination in general international law, and have contributed to the formulation of other fundamental human rights. Guy. S. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law*, 2^a ed., Oxford: Clarendon Press, 1996, pàg. 68.

¹²⁰ La situació dels refugiats en la seva comunitat d'origen, segons James Hathaway, *is not just precarious; there is also an element of fundamental marginalisation which distinguishes them from other persons at risk of serious harm*. James C. Hathaway, *The Law of Refugee Status*, Toronto, Vancouver: Butterworths, 1991, pàg. 135.

*d'enumerar els motius; la definició del mot "refugiat" s'hauria pogut limitar només a les persones que temen raonablement ser perseguides*¹²¹.

A la sentència Ward, el significat que es dona a l'expressió grup social en el context de la protecció dels refugiats es resumeix en el següent paràgraf:

*Aplicant la teoria de l'eiusdem generis, interpretem l'expressió "perseguit degut a la seva pertinença a un grup social" com designant la persecució de la que és víctima l'individu que és membre d'un grup de persones que tenen totes una característica comuna immutable. La característica compartida podria ser innata, com el sexe, el color, o els lligams de parentesc o, en certs casos, podria tractar-se d'una experiència comuna anterior com el fet d'haver estat cap militar o terratinent. El tipus concret de característica de grup admissible segons aquesta interpretació haurà de ser determinat en cada cas. De tota manera, sigui quina sigui la característica comuna que defineix el grup, cal que sigui una característica que els membres del grup no poden canviar o no se'ls hauria de poder exigir que canviessin, perquè és essencial a la seva identitat o a la seva consciència individual*¹²². *Únicament en aquest cas el simple fet de pertànyer al grup esdevé quelcom de comparable als quatre motius de persecució previstos per la llei [o per la Convenció], és a dir una cosa que la persona en qüestió no està en disposició de canviar o que és tan essencial per a la seva identitat o la seva consciència que no hauria de canviar-la. Interpretant així l'expressió "perseguida pel fet de la seva pertinença a un grup social", preservem la noció segons la qual el refugi està reservat per a les persones que no poden, amb les seves pròpies accions evitar la persecució, o que, en consciència, no haurien de ser obligades a fer-ho*¹²³.

Arribats a aquest punt, la pregunta clau és, on és el límit de la interpretació que existeix un "grup social"? Que es resol immediatament després:

*Aquesta definició exclou els "grups definits per una característica canviable o de la que es possible dissociar-se, en la mesura que cap d'aquestes opcions no exigeixi la renúncia als drets fonamentals de la persona"*¹²⁴.

És a dir, que, segons la sentència canadenca, la noció de grup social i la irrenunciabilitat dels drets fonamentals són qüestions estretament lligades; en situacions contingents, la noció de grup social podrà arribar a abastar les situacions que suposen la preservació dels drets fonamentals de les persones. En resum,

El sentit donat a l'expressió "grup social" (...) ha de tenir en compte els temes subjacents generals de la defensa des drets de la persona i de la lluita contra la discriminació que justifiquen la iniciativa internacional de protecció dels refugiats. (...) Tres categories possibles s'identifiquen:

1. els grups definits per una característica innata o immutable;

¹²¹ Sentència Ward, loc. cit., pàg 19.

¹²² Fins aquí el raonament és pràcticament el mateix que havia seguit el Board of Immigration Appeals nord-americà, en el cas *In re Acosta*, d'1 de març de 1985, 19 I. & N. 211, citat a la sentència britànica *Islam i Shah*, pàg. 834. Aquesta decisió va possibilitar als Estats Units d'Amèrica l'ampliació de la noció de grup social, que va beneficiar especialment els casos de dones i d'homosexuals, M. Golestanian, "Réfugiés, vers un élargissement progressif de la notion «certain groupe social» - «particular social groupe» aux États-Unis", *RdiDc*, núm. 4, 2001, pàgs. 325-339.

¹²³ Sentència Ward, loc. cit., pàg. 21.

¹²⁴ *Ibidem*.

2. *els grups els membres dels quals s'associen voluntàriament per raons tant essencials a la seva dignitat humana que no hauries de ser obligats a renunciar a aquesta associació; i*
3. *els grups associats per un estatut antic voluntari immutable degut a la seva permanència històrica.*

*La primera categoria comprendria les persones que temen ser perseguides per motius com el sexe, els antecedents lingüístics i d'orientació sexual, mentre que la segona comprendria, per exemple, les defensors dels drets de la persona. La tercera categoria s'inclou més a causa d'intencions històriques, tot i que també està relacionada amb les influències antidiscriminatòries, en el sentit que el passat d'una persona constitueix una part immutable de la seva vida*¹²⁵.

La sentència *Ward* proporciona, com ha assenyalat la doctrina, un marc d'anàlisi de les situacions de fet coherent i basat en els principis en els que es fonamenta la Convenció. La perspectiva dels drets humans no és exclusiva de la interpretació de la noció de grup social, sinó que també és útil en altres aspectes de la definició de refugiat; en la determinació de l'existència d'un grup social es tracta de veure si el dret que es vol exercir és un dret humà fonamental¹²⁶.

89. ELS CASOS *ISLAM* I *SHAH* RESOLTS PER LA HOUSE OF LORDS BRITÀNICA. A la sentència de la *House of Lords* en els casos *Islam* i *Shah*, l'element de la discriminació, lligat a l'exercici dels drets fonamentals esdevé encara molt més clar en la comprensió de la noció de grup social als efectes del refugi en el sentit de la Convenció de Ginebra. El vincle entre drets humans, discriminació i definició de refugiat es consolida en la interpretació de l'expressió "grup social", que revela la *primacia del paradigma dels drets humans*¹²⁷. Un dels primers elements interessants és el fet que es reconeix que la noció de grup social és oberta i abastament *contextual*¹²⁸. El Lord Hope of Craighead considera que cal fer una aproximació a la Convenció que tingui en compte l'evolució experimentada per les societats i les circumstàncies discriminatòries. En els casos examinats es tractava de determinar si dues dones pakistaneses maltractades pels seus marits i sotmeses a falses acusacions d'adulteri podien ser considerades membres d'un grup social, i ser reconegudes com a refugiades en el sentit de la Convenció de Ginebra.

¹²⁵ *Ibidem*, pàg. 22..

¹²⁶ Krista Daley, Ninette Kelley, "Particular Social Group: A Human Rights Based Approach in Canadian Jurisprudence", *IJRL*, vol. 12, núm. 2, 2000, pàgs. 165 i 174.

¹²⁷ *Given the prevailing primacy of the civil and political paradigm of human rights, it was contextually logical that marginalisation should be defined by reference to norms of non-discrimination: a refugee was defined as a person at risk of serious harm for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group, or political opinion. The rationale for this limitation was not that other persons were less at risk, but was rather that, at least in the context of the historical moment, persons affected by these forms of fundamental socio-political disfranchisement were less likely to be in a position to seek effective redress from within the state.* James C. Hathaway, *The Law of Refugee Status*, op. cit., pàg. 136.

¹²⁸ Guy Goodwin-Gil ja havia considerat en aquest mateix sentit que la noció de grup social té un element de *open-endedness potentially capable of expansion in favour of a variety of different classes susceptible to persecution*; i que a l'hora d'examinar en concret les diferents possibilitats, cal examinar tant els factors que lliguen el grup com els elements *of distinction which make it the object of persecution*. Guy S. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law*, op. cit., pàgs. 47-48.

Tenint en compte la naturalesa i l'abast de la discriminació que pateixen les dones al Pakistan, es pot dir que les dones són discriminades *en la societat en la que viuen*. La raó per la que les dones dels casos *Islam* i *Shah* temen patir persecució *no és únicament perquè són dones, és perquè són dones en una societat que discrimina les dones*¹²⁹.

En aquests casos, les persones que demanen protecció pertanyen a un grup amb una característica immutable (el sexe), no és en el seu poder canviar-ho o és tan fonamental per a la identitat o la consciència que no es pot exigir que es canviï, i hi ha una discriminació basada en aquesta característica, el sexe. L'absència de protecció estatal acabarà de configura la noció de refugiat, però no es pot tenir en consideració per decidir si s'està davant d'un *grup social*, ja que, llavors, l'argumentació esdevé circular. De la mateixa manera, cal que es pugui definir el grup social independentment de la persecució, i que el motiu de la persecució sigui un dels elements característics o definidors del grup. No és suficient que una persona estableixi que pertany a un grup social, *cal, a més, que estableixi que podria patir persecució perquè és membre del grup*¹³⁰.

A la sentència, dos dels Lords analitzen el paper de l'element de la discriminació i si, a més, és necessari un element addicional, com la coherència del *grup*. Per a Lord Hoffman, *el concepte de discriminació en qüestions que afecten drets i llibertats fonamentals és central per comprendre la Convenció. No tracta de tots els casos de persecució, inclòs si abasta la negació de drets humans, sinó de persecució basada en discriminació. I en el context dels instruments de drets humans, discriminació significa fer distincions que els principis dels drets humans fonamentals consideren inconsistents amb el dret de qualsevol ésser humà a la igualtat de tractament i al respecte*. Això comporta que l'expressió *grup social particular* no implica cap element addicional de *coherència, cooperació o interdependència*¹³¹. La coherència, per a Lord Steyn, pot provar l'existència d'un grup social particular, però això no hi és inherent¹³².

A Espanya, la penetració dels drets humans respecte de la interpretació de la noció de grup social no s'ha traduït clarament en l'ampliació del concepte de refugiat, sinó que més aviat es trasllada a la concessió de permisos de residència per raons humanitàries¹³³.

¹²⁹ Sentència *Islam* i *Shah*, *loc. cit.*, pàg. 847, darrer paràgraf.

¹³⁰ *Ibidem*, pàg. 851.

¹³¹ *Ibidem*, pàg. 842.

¹³² *Ibidem*, pàg. 836. La doctrina ha considerat que aquest raonament és clau per afavorir el reconeixement com a grups socials, als efectes de la convenció, no només d'elles dones en determinades societats, sinó també per exemple, dels homosexuals. Mavelyn Vidal, "Membership of a Particular Social Group' and the Effect of *Islam* and *Shah*", *IJRL*, vol. 11, núm. 3, 1999, pàgs. 528-536.

¹³³ Per exemple, en alguns casos de dones sotmeses a ablació de clitoris pel risc d'exclusió social en cas de retorn al lloc d'origen; Jaime Prats "Los jueces otorgan derecho de residencia a una nigeriana que sufrió ablación de clitoris", *El País.es*, 12 d'abril de 2006.

b. *L'aplicabilitat del refugi en contextos de conflicte armat: de l'impacte diferencial a l'anàlisi no comparativa*

90. Si bé és innegable que la definició de refugiat de l'article 1 de la Convenció de Ginebra es refereix a persones individualment considerades¹³⁴ a diferència dels anteriors instruments internacionals que identificaven *grups* de refugiats, això no significa que l'estatut previst s'apliqui només quan la persecució és *individualitzada*, ni que és inaplicable en situacions *de grup*¹³⁵. La protecció que es preveu és individual per a persones definides de manera abstracta que temen patir persecució per determinats motius.

La limitació dels causes de la persecució temuda o patida que fa d'una persona un refugiat pot suposar un cert grau d'individualització, però sempre en funció dels motius de la persecució. Un context de guerra civil no suposa una limitació jurídica de l'aplicació de la Convenció de Ginebra, si la persona o el grup han sortit del territori on es produeix el conflicte¹³⁶. En tot cas, la protecció individual de la Convenció tindrà limitacions pràctiques davant de fluxos massius de persones, que fa que es superin temporalment les capacitats d'una acollida individualitzada.

Tot i que durant força temps força jurisdiccions estatals optaven per no examinar les motivacions individuals per a la sol·licitud de refugi quan es feien en contextos de conflicte armat o violència general, actualment s'accepta de forma majoritària que les guerres civils no exclouen l'aplicació de la Convenció de Ginebra¹³⁷.

¹³⁴ L'article 1 de la Convenció, quan defineix a qui s'aplica, comença dient que als efectes de la Convenció el terme *refugiat* s'aplicarà a tota *persona* (...). També s'ha dit que té una *dimensió individualitzant*, en el sentit que el refugiat es defineix en primer lloc com un individu, a diferència, per exemple dels *arranjaments Nansen* que tenien per objectiu resoldre el problema de pobles sencers definits *a priori* per un criteri de pertinença nacional. Serge Bodart, "L'application de la Convention de Genève aux personnes fuyant de la guerre civile et les persécutions de groupe", *RDE*, núm. 85, *Journée d'étude du 9 février 1995: Les personnes déplacées*, pàg. 465.

¹³⁵ Ivor C. Jackson, *The Refugee Concept in Group Situations*, La Haia, Londres, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 1999, pàg. 2.

¹³⁶ En el territori on es produeix un conflicte s'aplicarà el Dret Internacional Humanitari i, en principi, quan la persona és en un país que no està en conflicte s'aplicarà la Convenció de Ginebra. Això no exclou que també sigui d'aplicació la Convenció de Ginebra a persones que es troben fora del lloc de la seva nacionalitat o residència habitual (apàtrides) però en el territori d'un país en conflicte, o en territori enemic. En aquests casos, però, un estat, d'acord amb l'article 9 de la Convenció, podrà adoptar, *provisionalment, respecte de determinada persona, les mesures que estimi indispensables per a la seguretat nacional*. La derogació completa de l'aplicació de la Convenció, no obstant, es considera que està prohibida. Walter Kälin, "Flight in times of war", *RICR-IRRC, 50^e anniversaire de la Convention sur les réfugiés. La protection des réfugiés dans les conflits armés; 50th Anniversary of the 1951 Refugee Convention. The Protection of Refugees in Armed Conflict*, vol. 83, núm. 843, 2001, pàg. 632.

¹³⁷ En aquest sentit, per exemple, la sentència belga en el cas *Muric*, establia que *un contexte de "guerre civile" n'exclut pas, à lui seul, que, dans le cas particulier du demandeur d'asile, les faits qui ont amené à quitter son pays établissent l'existence de persécutions et justifient ses craintes au sens de la Convention*. Conseil d'État (Bèlgica), decisió de 26 de maig de 1993, afer *Muric c. État belge, ministre de la Justice et ministre de l'Intérieur*, *Journal des tribunaux*, núm. 5687, 9-10-1993, pàg. 624.

Una situació de guerra civil, però, *no constitueix per ella mateixa, persecució*, en el sentit de la Convenció de Ginebra¹³⁸; cal que el risc que corre la persona estigui caracteritzat per un dels motius enumerats en el test de l'article 1, i que la persona no tingui disponible la protecció del seu estat per tal de considerar-la refugiada.

Les jurisdiccions estatals han fet interpretacions diverses de la forma com una persona entra dins de la definició de refugiat en contextos de violència d'un cert abast. Als Estats Units d'Amèrica, per exemple, l'anàlisi comparativa es duia a les seves últimes conseqüències en el cas *In re Acosta* de 1985, on es deia que el *well-founded fear standard* requerit per concedir tant asil com protecció subsidiària (*withholding of deportation*) era que l'interessat provés que era *més probable que no* que fos perseguit¹³⁹.

91. EL TEST DE L'IMPACTE DIFERENCIAL. La *House of Lords* britànica, per exemple, va emprar a la sentència *Adan* de 2 d'abril de 1998 el test de l'*impacte diferencial*, que concreta de forma restrictiva la idea de Lord Slynn of Hadley sobre que cal *mostrar un temor fonamentat de ser perseguit a més del risc per a la vida i la llibertat inherent en la guerra civil*¹⁴⁰. La qüestió que es planteja en la interpretació d'aquest aspecte de la definició de refugiat, és a dir, en la determinació on és o com es situa el límit del reconeixement de refugi a una persona que tem patir persecució, és quin paper ha de jugar l'element de la discriminació.

És generalment admès que la definició de refugiat de la Convenció de Ginebra no abasta tots els casos de persecució en els que es pugui parlar de l'existència d'algun tipus de discriminació. La definició estableix cinc motius per considerar que la persecució és raó per al refugi, per tant, ni que només sigui per la motivació de la persecució, els refugiats han de témer patir una persecució *específica* en relació del conjunt de formes de persecució possibles. La resposta a la qüestió de la *diferenciació* requerida no ha estat sempre, però, ni fàcil, ni evident.

En el cas de la sentència *Adan* de la *House of Lords*, el plantejament de la qüestió suposava que ja només era possible un determinat tipus de resposta, que implicava un

¹³⁸ Serge Bodardt, "L'application de la Convention de Genève aux personnes fuyant la guerre civile et les persécutions de groupe", *loc. cit.*, pàg. 462.

¹³⁹ Board of Immigration Appeals (EEUU), decisió d'1 de març de 1985, afer *In re Acosta* [HC], Int. Dec. #2148, UNHCR *Refworld-Legal Information*. Aquesta solució provenia d'aplicar el test més restrictiu exigit per la Secció 243 (h) de la *Immigration and Naturalisation Act (INA)* per al cas del *withhold deportation*, també a l'asil, regit per la secció 208 (a) de la *INA*. La Cort Suprema va considerar l'any 1987 que aquesta assimilació no s'adequava a la lletra de la norma ni a l'esperit de la Convenció de Ginebra que en definitiva regia en el cas de la concessió d'asil: un estranger, per que li sigui concedit asil *need no prove that it is more likely than not that he or she will be persecuted in his or her home country*. Supreme Court (EEUU), sentència de 9 de març de 1987, afer *Immigration and Naturalization Service versus Cardoza-Fonseca*, nº 85-782, UNHCR *Refworld-Legal Information*.

¹⁴⁰ House of Lords (United Kingdom), sentència de 2 d'abril de 1998, afer *Regina versus Secretary of State for the Home Department (Appellant) Ex parte Adan (Respondent)*, pàg. 2/9.

examen de tipus *comparatiu* (i no només una persecució diferenciada per raó de raça, religió, nacionalitat, opinions polítiques o pertinença a un grup social):

*Pot un estat de guerra civil amb incidents que consisteixen en matances i tortures generalitzades per raó de pertinença a clans i sub-clans comportar un temor fonamentat de persecució als efectes de la Convenció de 1951 i del Protocol de 1967, malgrat que l'individu demandant no està en un risc major de patir aquests tractes que altres persones que estan en risc en la guerra civil per causa de la seva pertinença a un clan o sub-clan?*¹⁴¹

Una cosa és que la persona hagi d'estar diferenciadament en risc degut a característiques inherents o immutables de a la persona que són en l'origen de la persecució, i una altra que la persona hagi d'estar diferenciadament en risc perquè pateix una *intensitat especial* en la persecució més enllà del fet que estigui basada en un dels motius enunciats en la Convenció. A la sentència *Adan*, el Lord Lloyd of Berwick, seguit en essència per la resta, es decanta per la segona opció:

*Conclou (...) des de la meua comprensió del que els constructors de la Convenció tenien en ment, que quan existeix un estat de guerra civil, no és suficient per a un demandant d'asil mostrar que estaria en risc si fos retornat al seu país. Cal que pugui mostrar (...) un impacte diferencial. En altres paraules, cal que pugui mostrar temor de persecució per una de les raons de la Convenció més enllà dels riscos normals d'una guerra de clans. (...) La dificultat d'establir els fets no afebleix el principi segons el qual els que estiguin implicats en una guerra civil no estan, per això, qualificats per ser protegits per la Convenció mentre la guerra civil continua, inclòs si les lluites de la guerra civil són per motius religiosos o racials (!)*¹⁴².

I conclou que *no hi ha motius per diferenciar entre el Sr. Adan i els membres del seu o d'altres clans*¹⁴³. En definitiva, que la seva situació no és pitjor que la dels altres.

Aquesta interpretació de la noció de persecució i del paper de l'element de la discriminació en la definició de refugiat deixa fóra de la possibilitat d'obtenir refugi les persones que fugen del temor de ser perseguits en un context de guerra civil, quan formen part d'un grup més o menys nombrós de persones que també pateixen la mateixa situació; i, també, deixa de banda aquelles situacions en què la guerra es fa precisament per qüestió de persecució racial, religiosa, etc., és a dir, quan la guerra és el mitjà per a la persecució. Alguns autors han defensat una interpretació àmplia de la noció de refugiat, que abastaria pràcticament tots els *desplaçats* internacionals per motius diferents de la sola raó econòmica¹⁴⁴. Sense anar tant enllà, la doctrina jurisprudencial que se segueix en alguns estats permet establir que una persona pot ser considerada

¹⁴¹ *Ibidem*, pàg. 6/9.

¹⁴² *Ibidem*, pàg. 8/9.

¹⁴³ *Ibidem*, pàg. 9/9.

¹⁴⁴ David A. Martin, "Refugees and Migration", Oscar Schachter i Christopher C. Joyner, *United Nations Legal Order*, vol. 1, Chap. 8, Cambridge: Cambridge University Press, 1995, pàgs. 422-423; Pablo Antonio Fernández Sánchez, "Hacia un concepto jurídico amplio de refugiado", Pablo Antonio Fernández Sánchez (coord.), *Refugiados: derecho y solidaridad*, Sevilla: Ed. Universidad de Sevilla, 1994, pàg. 20.

refugiada en el sentit de la Convenció de Ginebra en el context d'un conflicte armat, o en el marc d'un èxode col·lectiu, si compleix determinades condicions sense que calgui fer una anàlisi comparativa de la seva situació.

92. ENVERS UNA ANÀLISI NO COMPARATIVA DE LA PERSECUCIÓ O DEL SEU RISC. Des d'una perspectiva més liberal, han acarat la qüestió, per exemple, la sentència *Ibrahim* a Austràlia, la decisió *Mandelblat* a Bèlgica, o la sentència de 3 d'abril de 2002 del Tribunal suprem espanyol. En el cas *Adan* anteriorment estudiat i en el cas *Ibrahim*, es tractaven situacions semblants, de persones que havien fugit de Somàlia, en situació de guerra interètnica i de *failed state* pel que fa a les possibilitats d'oferir protecció. En el cas *Ibrahim* la *High Court* d'Austràlia refusa expressament la perspectiva adoptada a *Adan*¹⁴⁵ i entomada pels tribunals australians que havien vist el cas anteriorment, i, tot acceptant que la Convenció té límits quan als casos de persecució contemplats, considera que el raonament fet a *Adan* comporta el risc d'esborrar la distinció entre els actes de persecució que el demandant ha de demostrar i les circumstàncies que duen a aquests actes¹⁴⁶. El procediment seguit a *Adan*,

No impulsa la investigació que requereix la definició de la Convenció de demanar d'una persona en concret si hauria estat diferenciada d'altres membres de la població en general que eren en risc mentre la "guerra civil" continués. Ni tampoc ajuda a qui ha de prendre la decisió (aquí, el tribunal) a determinar els "objectius", com a qüestió de "realitat", de la "guerra". (...) Obligar el demandant, els seus representants i el tribunal a embarcar-se en aquestes qüestions durant o immediatament després de succeir-se els esdeveniments, per arribar a conclusions de fet respecte d'ells, és una tasca que no pot inferir-se fàcilment de l'adopció per part de la llei de la definició de la Convenció. Les dinàmiques de violència comunal, conflicte civil i desordre poden amagar les fronteres entre combat, crim i persecució. Les raons d'un concret conflicte poden ser virtualment insondables.

*Les nocions de "guerra civil", "operació diferencial" i "objecte" o "motivació" d'aquesta "guerra civil" són distraccions de l'aplicació del text de la definició de la Convenció*¹⁴⁷.

L'única cosa que es demana del tribunal, deixant de banda aquestes "distraccions", és que determini:

*Si les experiències pròpies del [demandant] estaven causades per persecució per les raons de la Convenció, i a la llum d'aquestes consideracions [s'estableixi] si en el moment de l'examen de la demanda el [demandant] tenia una oportunitat real de ser perseguit per causa de la seva pertinença al clan Rahanwein si havia de retornar a Somàlia*¹⁴⁸.

¹⁴⁵ Ben Olbourne, "Refugees and Internal armed conflicts", *The Cambridge Law Journal*, vol. 60, part 3, nov. 2001, pàg. 446.

¹⁴⁶ High Court (Austràlia), sentència de 16 de novembre de 2000, afer *Minister for Immigration and Multicultural Affairs (Appellant) and Hussein Mohamed Haji Ibrahim (respondent)* [2000] HCA 55, S 157/1999, §146.

¹⁴⁷ *Ibidem*, §146-147.

¹⁴⁸ *Ibidem*, §148.

En el cas concret, es considera que *Haji Ibrahim* havia provat suficientment que el temor de ser perseguit estava causat per la seva pertinença a un determinat grup social; independentment de que molts altres somalis (o tots) tinguessin temors semblants, o de que les estratègies de combat tinguin per motivació directa o confessa la qüestió racial, o grupal.

Segons l'ACNUR, compartint el parer d'autors com Atle Grahl-Madsen, una correcta interpretació de l'article 1 de la Convenció no ha de tenir en compte si el grup de persones perseguides pel mateix motiu és més o menys gran o petit¹⁴⁹. En determinades situacions, pobles sencers poden patir persecució per una de les raons establertes a la definició de refugiat i tots els seus membres quedar-ne afecta de forma idèntica. Això, lluny de fer minvar les possibilitats d'èxit de la demanda de protecció hauria de facilitar-la, ja que *el procés sociològic de marginalització que la estigmatització engendra es un arquetipus poderós de la persecució*¹⁵⁰.

93. La decisió de la *Commission Permanente de Recours des Réfugiés* belga en el cas *Mandelblat*, que tracta de la demanda de reconeixement de la condició de refugiat per part d'un membre de la comunitat albanesa de Kosovo en els anys noranta, s'adequa perfectament a aquesta interpretació de l'ACNUR. La *Commission* es basa en un primer moment en

que en certs llocs de Kosovo, la repressió té per objectiu indistintament el conjunt de la població, bé perquè es presumeix que en la seva totalitat comparteix les opinions polítiques reprimides per les autoritats sèrbies, bé perquè aquestes mateixes autoritats tenen per objectiu eliminar tota presència albanesa de certes parts de Kosovo;

*que existeix per tant una forta presumpció que el temor formulat pels membres de la comunitat albanesa de Kosovo de ser perseguits en el seu país, sigui fundat i entri en el camp d'aplicació de la Convenció de Ginebra*¹⁵¹

Finalment, en aquest cas es diu que tot duu a pensar que la minoria albanesa de Kosovo és víctima d'una *persecució de grup*, que es defineix com *una persecució que resulta d'una política deliberada i sistemàtica, susceptible d'afectar de forma indistinta tot membre d'un grup determinat pel sol fet de pertànyer-hi*. Per tot això, es diu que *el sol fet de pertànyer al grup nacional albanès pot justificar un temor raonable de ser perseguit pel fet de la nacionalitat en el sentit de la Convenció de Ginebra*¹⁵².

¹⁴⁹ Segons aquest autor, el fet que la persecució d'algú forma part d'una política general no alleugera la situació de la persona que és perseguida; per això, *(o)nce a person is subjected to a measure of such gravity that we consider it 'persecution' that person is 'persecuted' in the sense of the Convention, irrespective of how many others are subjected to the same or similar measures*. Atle Grahl-Madsen, *The Status of Refugees in International Law*, vol. I, "Refugee character", Leyden: A.W. Sijthoff, 1966, §87, pàg. 213.

¹⁵⁰ ACNUR, *The International Protection of Refugees: Interpreting article 1...*, loc. cit., pàg. 84.

¹⁵¹ Commission Permanente de Recours des Réfugiés (Bèlgica), decisió de 14 d'abril de 1999, afer *M. Mandelblat*, N° 97-162/F0797/cd, RDE, núm. 102, pàg. 63.

¹⁵² *Ibidem*. En casos semblants, també s'ha concedit l'estatut de refugiat, com en el cas *Belamri*, però en aquest cas es deia que la persona podia ser perseguida només per la seva nacionalitat sinó també per

En definitiva, que calgui una certa diferenciació en la persecució no significa que aquesta sigui *individualitzada*. En aquest sentit, el *nexus requirement*¹⁵³ o l'exigència que el demandant estableixi el fonament de la persecució que tem, no implica una anàlisi comparativa.

94. Aquest raonament és la base en què es sustenta la jurisprudència establerta en els Estats Units d'Amèrica, en els anys noranta, continuant la línia encetada a *Cardoza-Fonseca*¹⁵⁴; i també és present en les directives establertes al Canadà per tractar les demandes de protecció presentades per civils no combatents. En el cas dels Estats Units, Mark von Sternberg descriu com diverses decisions examinen les demandes d'asil fent una aproximació no comparativa i, a més, on la violació dels estàndards fonamentals de drets humans i de dret humanitari tenen un pes determinant com a proves de l'intent persecutori¹⁵⁵. També es situen en aquesta línia les directrius que han de guiar la interpretació de la llei sobre immigració en allò que es refereix als *Civils no combatents que temen ser perseguits en situacions de guerra civil*¹⁵⁶.

Aquestes directrius apareixen per tal de resoldre l'aparent contradicció entre la *Guia de procediments* de l'ACNUR que diu al paràgraf 164 que les persones que han de marxar del seu país d'origen com a conseqüència d'un conflicte armat "no son considerades normalment refugiades", i algunes sentències dictades pels tribunals on s'aplicava un mètode no comparatiu davant de demandes d'asil presentades en aquestes circumstàncies. En les directrius s'estableix que el paràmetre bàsic per a interpretar que existeix o que pot produir-se persecució són els drets humans, en especial, tal com s'estableixen a la Declaració Universal, als Pactes, i a la Convenció de les Nacions Unides contra la tortura. Per considerar si existeix un temor de patir persecució en el sentit de la Convenció de Ginebra, cal tenir present que:

les seves opinions polítiques (en el cas *Mandelblat* la persona havia acreditat pertànyer a la Lliga democràtica de Kosovo; i en el cas *Belamri*, que la persona era simpatitzant del moviment autonomista albanès). Commission Permanente de Recours des Réfugiés (Bèlgica), decisió de 27 d'abril de 1999, afer *A. Belamri*, N° 97-1586/F807/jfn, *RDE*, núm. 102, pàgs. 63-65.

¹⁵³ Expressió emprada especialment en el dret nord-americà. Tara Magner, "Does a Failed State Country of origin result in a failure of International Protection? A Review of policies toward asylum-seekers in leading asylum nations", *GILJ*, vol. 15, 2001, pàg. 721.

¹⁵⁴ En els anys immediatament posteriors a aquesta sentència, de tota manera, la jurisprudència va decantar-se en un primer moment cap a una anàlisi basada en determinar les causes concretes de la persecució, cosa que va ser denunciada per una part de la doctrina que considerava més adequat amb el dret dels EEUU d'Amèrica reenfocar la concessió d'asil als refugiats en la qüestió de la *protecció* de les persones que poden patir persecució, des d'una perspectiva basada en la protecció dels drets humans. Alexander T. Aleinikoff, "The Meaning of 'Persecution' in United States Asylum Law", *IJRL*, vol. 3, núm. 1, 1991, pàgs. 23-24.

¹⁵⁵ Mark R. von Sternberg, "The Plight of the Non-Combatant in Civil War and the New Criteria for Refugee Status", *IJRL*, vol. 9, núm. 2, 1997, pàgs. 169-195.

¹⁵⁶ Commission de l'immigration et du statut de réfugié (Canadà), *Civils non Combattants qui craignent d'être persécutés dans des situations de guerre civile. Directives données par la présidente en application du paragraphe 65 (3) de la Loi sur l'immigration*, Ottawa, 7 de març de 1996.

Els combatents haurien de tractar amb humanitat, sense cap distinció de caràcter desfavorable, les persones que no participen activament a les hostilitats en una guerra civil. Han de respectar respecte d'ells els drets de la persona. Si els combatents tracten aquestes persones de manera contrària a aquests principis, aquest tractament podria, segons les circumstàncies pròpies a la situació de l'interessat, constituir persecució. Per determinar si es tracta d'un cas de «persecució» cal examinar si les violacions dels drets de la persona són suficientment importants per constituir persecució. No és cert que no hi ha persecució perquè el tractament temut pel demandant resulta de l'hostilitat que es percep o de la violència exercida per combatents directament implicats en la guerra civil¹⁵⁷.

95. Un cop s'estableix si hi ha o no persecució o temor de patir-ne, el següent pas per veure si s'està davant d'un refugiat ha de consistir en veure si està fonamentada en un dels motius establerts a la Convenció de Ginebra. Les directrius recorden i ratifiquen en aquest sentit la doctrina establerta per la *Cour d'Appel Fédérale* l'any 1990, segons la qual es pot afirmar que:

Una situació de guerra civil en un país en concret no obstaculitza la reivindicació [de l'estatut de refugiat] sempre que el temor que es té no sigui el que tenen tots els ciutadans indistintament degut a la guerra civil, sinó el que té el propi demandant, un grup al qual pertany o, fins i tot, tots els ciutadans degut a un risc de persecució fonamentat en un dels motius enunciat a la definició¹⁵⁸.

Les directrius, finalment, recomanen el mètode no comparatiu per examinar les demandes de protecció, segons el qual cal examinar la situació del demandant o del grup al qual pertany, i gual que ho fa amb qualsevol altra demanda, enlloc de comparar els riscos que corren en relació a altres persones:

No es tracta de comparar el risc al que s'exposa el demandant i el risc al que han de fer front altres persones o altres grups per un dels motius enunciat en la Convenció; es tracta més aviat de determinar si el risc que corre el demandant constitueix un perjudici suficientment greu i està vinculat amb un dels motius enunciat a la Convenció en relació a les conseqüències generals de la guerra civil¹⁵⁹.

El fet que la Convenció de Ginebra estableixi una definició individual de refugiat comporta que el temor de ser perseguit pels motius enumerats sigui individual, però no que la persecució ho hagi també de ser¹⁶⁰. El propòsit de la Convenció és acarar els problemes dels refugiats des del punt de vista dels drets humans i, una anàlisi subjectiva de les motivacions de l'agent persecutor tendeix a *descurar la perspectiva de la víctima*¹⁶¹.

¹⁵⁷ *Ibidem*, part I.

¹⁵⁸ *Ibidem*, part II, segons la sentència *Saliban c. MEI* de 1990.

¹⁵⁹ *Ibidem*, part II.

¹⁶⁰ James Crawford, Patricia Hyndman, "Three Heresies in the Application of the Refugee Convention", *IJRL*, vol. 1, núm. 2, 1989, pàg. 166.

¹⁶¹ Walter Kälin, "Refugees and Civil Wars: Only a Matter of Interpretation?", *IJRL*, vol. 3, núm. 3, 1991, pàg. 449.

En aquest sentit, la sentència del Tribunal Suprem espanyol de 3 d'abril de 2002 estableix correctament que no s'exigeix necessàriament que la persecució sigui *individualitzada, o específicament referida a la persona del recurrent i de la seva família*¹⁶²:

*Es contrari a la jurisprudència de la nostra Sala, sobre la correcta interpretació de [la] legislació que es requereixi la prova de que tal situació es projecti sobre la persona de l'interessat. Això (...) no es jurídicament admissible perquè duta aquesta afirmació a les seves darreres conseqüències pot convertir en purament programàtica l'aplicació d'aquella*¹⁶³.

3. La incidència dels drets humans en l'evolució del concepte de refugiat: la manca de protecció de l'estat d'origen

96.El segon eix de la definició de refugiat de la Convenció de Ginebra és la noció de protecció. La qüestió que es planteja és què vol dir exactament que el refugiat *no pot* o, degut al temor de ser perseguit *no vol* prevaler-se de la protecció del país d'origen, i a quin tipus de protecció es fa referència.

La *Guia* de l'ACNUR, com passava en el cas dels refugiats en temps de guerra, ofereix una interpretació que, tot i estar oberta a considerar que la persecució pot ser perpetrada per agents no estatals, resulta ambigua quant al paper de l'estat en els fets:

*S'entén normalment per persecució una acció feta per les autoritats d'un país. Aquesta acció pot també resultar de fets de grups de la població que no es conformen a les normes establertes per les lleis del país. A títol d'exemple es pot citar la intolerància religiosa, que arriba a la persecució, en un país d'altra banda laic però on importants faccions de la població no respecten les conviccions religioses d'altri. Quan actes que tenen un caràcter discriminatori greu o molt ofensiu són comesos pel poble poden ser considerats com persecucions si són científicament tolerades per les autoritats o si les autoritats refusen o són incapaces d'oferir una protecció eficaç*¹⁶⁴.

¹⁶² Tribunal Supremo (E), sala 3ª secc. 6ª (E), sentència de 3 d'abril de 2002, afer *Koffi A.*, núm. 429/1998, §4-E, *Aranzadi Westlaw* RJ 2002\3348. El cas afectava una persona natural de Togo. En aquesta sentència, el Tribunal Suprem espanyol valora que el demandant aportés fotocòpia de revistes que permetien tenir per veritable la *situació* del país d'origen de l'interessat i, fa recaure en l'administració la càrrega de la prova que s'ha estat diligent en les investigacions degudes: *la Administración del Estado tiene medios sobrados para comprobar la certeza de estos datos, y -en cuestiones tan delicadas como son las de asilo y refugio- no puede, sin más, descalificarse un relato como el que hace el recurrente* (§ 4-B). En altres sentències, no obstant, el Tribunal Suprem ha desestimat recursos contra la denegació d'asil per manca d'elements objectius que permetessin apreciar una connexió entre la situació política en un país i l'existència d'una persecució contra la persona concreta que demana asil, per exemple, en un cas que afectava una persona originària de Sierra Leona, Tribunal Supremo (E), sala 3ª secc. 6ª (E), sentència de 4 d'abril de 2000, afer *Abdul R.B.*, núm. 409/1996, *Aranzadi Westlaw* RJ 2000\3261.

¹⁶³ *Ibidem*.

¹⁶⁴ ACNUR, *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié*, loc. cit., §65.

Una de les qüestions que també es plantegen és si és necessària l'existència d'un estat més o menys efectiu potencialment responsable de la persecució o de l'absència de protecció, o si la noció de persecució és aplicable en cas de *failed states*.

a. L'agent de la persecució

97. El fet que la protecció dels refugiats s'inscriu en el context de la protecció dels drets humans ha fet que la noció de *protecció*, o de manca de protecció que els refugiats tenen hagi estat tributària de la concepció predominant que històricament s'hagi tingut dels drets humans en els estats. La dogmàtica dels drets humans apareix en el decurs de l'evolució de la consolidació de l'estat com a forma d'organització social, política i jurídica, i la seva transformació envers l'*estat absolut*. Alguns autors dels corrents contractualistes, com Locke¹⁶⁵, i, posteriorment, la mateixa idea de constitució plantegen els drets fonamentals com a límits al poder, entès com a *poder de l'estat*, i postulen amb aquesta finalitat el reconeixement en textos jurídics obligatoris.

Aquesta concepció dels drets fonamentals, arrelada en les tradicions jurídiques dels estats ha estat traslladada a la interpretació dels instruments internacionals per a la protecció dels drets humans, i ha condicionat la forma com aquests han estat aplicats. En el cas de la interpretació de la definició de *refugiat* de la Convenció de Ginebra de 1951, ha suposat que en alguns estats s'entengués que només les persones que fugien d'algun tipus de persecució *estatal* podien ser tingudes per *refugiats* en el sentit de la Convenció i, així, que només pot parlar-se de *persecució* quan l'agent causant està directament o indirecta vinculat amb el poder de l'estat. La difuminació progressiva de la separació entre allò *públic* o relatiu a la política i allò *privat* en el cas dels drets humans ha dut a un reconeixement progressiu de la seva eficàcia horitzontal i a una revisió de la noció de refugiat que transcendeix el pressupòsit implícit però no necessari que la *persecució* havia de ser *persecució estatal* en alguna forma¹⁶⁶.

Alguns estats entenen que una persona només pot ser refugiada quan fuig de patir una persecució conduïda directament per part d'un agent de l'estat, o bé quan l'estat es particip passiu en les accions constitutives de persecució pel fet que, podent-ho fer, no intervé per oferir protecció a l'individu, és a dir, existeix una connivència explícita (en alguns casos s'admet una connivència implícita) en aquestes actuacions. Entre els que apliquen una noció de *persecució estatal*, les interpretacions més restrictives consideren que la impossibilitat o incapacitat de l'estat per oferir protecció a una situació de

¹⁶⁵ C.B. Macpherson, *La Teoría política del individualismo posesivo. De Hobbes a Locke*, 2ª ed. Barcelona: Fontanella, 1979 (1ª edició en anglès, 1962), pàgs. 219-223.

¹⁶⁶ Com la doctrina ha posat en relleu, plantejar els drets fonamentals de forma exclusiva com a límits al poder de l'estat és una conformació incompleta; també són límits a una sèrie de poders privats, grups i individus, que afecten o poden afectar en el seu gaudi o realització. Rafael De Asís Roig, *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Madrid: Debate, 1992, pàgs. 114-117.

persecució privada no incideix en la consideració de la persona com a *no refugiat*, i d'altres sí admeten que en aquests casos, la persona és perseguida i, per tant, *refugiada*¹⁶⁷.

En general, els operadors jurídics i la doctrina distingeixen quatre situacions possibles en què la persecució és perpetrada per agents no estatals¹⁶⁸:

- a. Agents privats són responsables directes de la persecució, però l'estat l'instiga, l'exculpa o la tolera. En aquests casos, en general, s'entén que les víctimes són refugiats ja que l'estat *no vol* protegir-les. L'estat seria responsable indirecte de la persecució.
- b. Els responsables directes de la persecució són agents en principi privats, però que en funció del grau de poder que han assolit sobre un determinat país o territori poden ser considerats autoritats *de facto* i, per tant, substitutives de l'estat. En aquests casos, també s'acostuma a entendre que les víctimes són refugiats, sempre que s'accepti la premissa que hi ha autoritats *de facto*, i les condicions per a aquest reconeixement poden variar entre uns estats i uns altres. L'estat o *quasiestat* és responsable de la persecució.
- c. Agents privats són responsables directes de la persecució, però l'estat és incapaç de proporcionar protecció.
- d. Agents privats són responsables directes de la persecució en un context de *failed state*.

En els dos darrers casos, és on hi ha hagut més divergències en la interpretació que han fet tant els operadors jurídics com la doctrina. Aquestes aproximacions diferents a la qüestió de si es pot considerar la possibilitat de *persecució* per agents no estatals està estretament relacionada amb la importància que es doni a la possibilitat d'obtenir protecció i a la interpretació que es faci de l'expressió final de la definició de refugiat segons la qual la persona cal que *no pugui* o, a causa del temor de ser perseguida *no vulgui acollir-se a la protecció* del seu país.

L'abast de la noció de refugiat depèn primer de en quin dels dos eixos de la definició es posi l'accent, bé en la *persecució*; bé en la *protecció* o absència de protecció. I, segon, de quin tipus de protecció es considera que és necessari que la persona no pugui o no vulgui prevaler-se, bé protecció *externa*, diplomàtica i consular; bé protecció *interna*, respecte dels drets humans fonamentals en el país d'origen.

¹⁶⁷ Per a un estudi de cas que inclou estats europeus significatius des del punt de vista de les interpretacions divergents (França, Alemanya, Regne Unit...), Ben Vermeulen, Thomas Spijkerboer, Karin Zwaan, Roel Fernhout, *Persecution by Third Parties*, Nijmegen: University of Nijmegen-Centre for Migration Law, maig de 1998.

¹⁶⁸ Walter Kälin, "Non-State Agents of Persecution and the inability of the State to Protect", *GILJ*, vol. 15, 2001, pàgs. 416-417.

b. Perspectiva de la responsabilitat versus perspectiva de la protecció

98. LA PERSPECTIVA DE LA RESPONSABILITAT. La perspectiva de la responsabilitat parteix d'una concepció estatal pura de les relacions internacionals i considera que per a que hi hagi la possibilitat que existeixin refugiats hi ha d'haver un estat *responsable*, és a dir que cal que un estat exerceixi, perdoni o toleri la persecució. La responsabilitat de l'estat d'origen és, des d'aquesta perspectiva, un *element constitutiu de la persecució*¹⁶⁹.

Aquesta perspectiva ha estat desenvolupada a Europa especialment pels tribunals alemanys i francesos, tot i que amb diferències entre. Com Waler Kälin ha exposat per al cas alemany, no hi ha elements ni literals, ni històrics que avalin aquesta posició i, en definitiva, aquesta idea sobre que la *persecució és per definició* un abús de poder *estatal* prové de la tradició jurídica alemanya anterior a la segona Guerra mundial que identificava les nocions de política i poder amb l'Estat¹⁷⁰. Per això no és suficient que l'estat *no pugui* oferir protecció. Si no hi ha estat, és a dir en situació de *failed state*, o si, existent, és incapaç d'oferir protecció, des d'aquesta perspectiva, no pot haver-hi persecució, i, per tant, tampoc refugiats.

Els tribunals francesos que, juntament amb els alemanys, han defensat posicions que parteixen de la perspectiva de la responsabilitat han fet una interpretació diferent, fins i tot més estricta que en el cas alemany. Els tribunals alemanys admeten la possibilitat que existeixi persecució quan aquesta és comesa directament per agents privats i l'estat la *tolera* o *recolza*, o quan l'estat *no vol*, o fins i tot *no pot* protegir la persona, excloent els casos d'absència d'estat o *failed state*, en què la Convenció no s'aplicaria¹⁷¹. Els tribunals francesos refusen el refugi quan l'estat *no vol* donar protecció si la persona no pot provar que l'estat ha refusat expressament la seva demanda de ser protegit (o que seria inútil fer aquesta petició), i també quan l'estat *no pot* protegir o és ineficaç¹⁷². En general, s'entén que en els casos de *failed state*, o d'una situació d'anarquia on no existeix una estructura estatal de fet o dret més o menys operativa,

¹⁶⁹ *Ibidem*, pàg. 417.

¹⁷⁰ Walter Kälin, "Non-State Agents of Persecution and the inability of the State to Protect", *loc. cit.*, pàgs. 421-422. Significatiu d'aquesta tradició és, per exemple, la conceptualització de l'estat com a *unitat política determinant*, que té atribuït el *ius belli*, és a dir, la possibilitat real de determinar per decisió pròpia qui és l'*enemic* i combatre'l; Carl Schmitt, *El concepto de lo político*, versió de Rafael Agapito, Madrid: Alianza Editorial, 1998 (1ª edició original de 1932), pàgs. 74-75.

¹⁷¹ El concepte de refugiat s'interpreta com a comportant l'exclusió d'un context en què la protecció és possible perquè hi ha unes autoritats territorials efectives i estables en seu interna (fins a l'any 2000, l'exigència era encara més gran perquè s'interpretava el concepte d'autoritat territorial des de la perspectiva del concepte d'estat i s'exigia també una estabilitat *externa*); Jasper Finke, "Granting Asylum Protection from Deportation to Civil War Refugees under German Constitutional Law and the German Aliens Act: The Judgement of the German Federal Constitutional Court of 10 August 2000", *GYIL*, vol. 43, 2000, pàg. 289-290.

¹⁷² Catherine Phuong, "Persecution by Non-state Agents: Comparative Judicial Interpretations of the 1951 Refugee Convention", *EJML*, vol. 4, núm. 4, 2003, pàg. 529.

tampoc s'aplica la Convenció¹⁷³, tot i que en els casos concrets la decisió final gira també entorn d'una anàlisi comparativa (en casos violència generalitzada on tothom està sotmès a un risc similar s'exclou que hi hagi refugiats)¹⁷⁴.

99. En el cas de França, de tota manera, hi ha hagut una evolució favorable al reconeixement de l'aplicabilitat de la Convenció de Ginebra en casos de persecució no estatal. El primer pas en aquest sentit es va donar en la decisió del Consell d'Estat en el cas *Dankha*, on s'admet que la persecució pot ser exercida per agents no estatals *organitzats o no*, si han estat *encoratjats o tolerats voluntàriament per l'autoritat pública, de manera que l'interessat no està efectivament en disposició de reclamar la seva protecció*¹⁷⁵. Més endavant, es va acceptar que la doctrina aplicable a les autoritats públiques també ho era respecte d'autoritats de fet en determinades situacions; i així, en els anys noranta, es va reconèixer l'estatut de refugiat, per exemple, a persones que temien ser perseguides per autoritats de fet que provenien de Bòsnia-Herzegovina¹⁷⁶, o d'Afganistan¹⁷⁷. En canvi, en d'altres casos, com en el de les persones que provenien d'Algèria, es refusava la qualificació com a refugiat de persones que al·legaven que podien ser sotmeses a actes persecució per part de grups armats perquè, ni suposant que això fos cert, aquests actes no eren *ni encoratjats, ni tolerats voluntàriament per les autoritats públiques algerianes*¹⁷⁸. En aquests casos s'exclou el reconeixement de la condició de refugiat fins i tot quan el govern algerià podia estar *tolerant implícitament* les activitats de grups terroristes, o davant la incapacitat de les autoritats de prevenir aquests actes, cosa que hauria fet inútil demanar protecció a l'estat algerià¹⁷⁹. Amb tot, si la persona pot provar que l'estat ha refusat donar protecció, no cal que aquest refús estigui basat, com la persecució, en un dels motius enumerats en la Convenció de Ginebra¹⁸⁰. En altres casos, com en el cas de Somàlia, per exemple, s'ha considerat que hi havia un *clima generalitzat d'inseguretat o d'anarquia*, que havia desaparegut tot

¹⁷³ Frédéric Tiberghien, "Statut de réfugié et persécution par des agents non publics", *RFDA*, vol. 14, núm. 2, 1998, pàg. 253, a partir del cas de Somàlia en els anys noranta.

¹⁷⁴ Jennifer Moore, "Whiter the Accountability Theory: Second-Class Status for Third-Party Refugees as a Treat to International Refugee Protection", *IJRL*, vol. 13, núm. 1/2, 2001, pàg. 39.

¹⁷⁵ Conseil d'État (França), decisió de 27 de maig de 1983, afer *Esahak Dankha*, núm. 42.074, UNHCR *Refworld-Legal Information* CAS/FRA/063. Més endavant es confirma aquesta decisió en d'altres casos, com per exemple, Conseil d'État (França), decisió de 7 d'octubre de 1998, afer *Mme. Kanagaratnam*, núm. 176.259, *RFDA*, vol. 15, núm. 2, 1999, pàgs. 412-413.

¹⁷⁶ Commission des recours des réfugiés (França), decisió de 12 de febrer de 1993, afer *Dzebric*, núm. 216.617, UNHCR *Refworld-Legal Information*.

¹⁷⁷ Commission des recours des réfugiés (França), decisió de 26 d'octubre de 1994, afer *Mme. Nourestani épouse Khairzad*, núm. 253.902, UNHCR *Refworld-Legal Information*.

¹⁷⁸ Conseil d'État (França), decisió de 12 d'octubre de 1998, afer *Ahmed Henni*, núm. 179.364.

¹⁷⁹ Conseil d'État (França), decisió de 22 de novembre de 1996, afer *Messara*, núm. 167.195, *RFDA*, vol. 13, núm. 2, 1997, pàgs. 279-280.

¹⁸⁰ Conseil d'État (França), decisió de 24 de febrer de 1999, afer *Ait-Mohamed*, núm. 181.755, *Gazette du Palais*, 26-28 de desembre de 1999, pàg. 170.

poder legal, i que hi havia grups que lluitaven per crear o estendre zones d'influència, sense estar *en disposició d'exercir en aquestes zones un poder organitzat que permetria considerar-los com autoritats de fet*¹⁸¹; i que, per aquest motiu, el temor de patir persecució no podia ser assimilat al de la definició de la Convenció de Ginebra.

100. LA PERSPECTIVA DE LA PROTECCIÓ. La perspectiva de la protecció posa l'accent no tant en la causa de la fugida, la *persecució*, sinó en la impossibilitat per al refugiat d'emparar-se en la protecció de l'estat d'origen, independentment de qui sigui el responsable de la persecució, agents estatals o privats, i de si l'estat participa, tolera o condona la persecució, o simplement és incapaç o ineficaç a l'hora de complir amb el seu deure de protecció. El que compta, des d'aquesta perspectiva, és que la persona ha marxat del lloc d'origen i *no pot* o *no vol*, pel temor de ser perseguit per motius de raça, religió, nacionalitat opinions polítiques o pertinença a un determinat grup social, prevaler-se de la protecció que normalment les persones obtenen dels estats dels quals són nacionals o on hi tenen la residència habitual en cas d'apatrídia. En els casos en què l'estat no existeix o no pot protegir la persona, s'entén que aquesta *no pot* prevaler-se de la protecció de l'estat d'origen, en el sentit de la Convenció¹⁸².

La perspectiva de la protecció ha estat desenvolupada especialment en jurisdiccions de *common law*, però també s'aplica en estats europeus amb altres sistemes (Bèlgica¹⁸³, Països Baixos, Dinamarca), i parteix de la idea també expressada per una part de la doctrina segons la qual el refugi, en definitiva, és una *protecció de substitució*¹⁸⁴.

¹⁸¹ Commission des recours des réfugiés (França), decisió de 26 de novembre de 1993, afer *Ahmed Abdullahi Shirwah*, núm. 229.619, UNHCR *Refworld-Legal Information*; Conseil d'État (França), decisió de 12 de maig de 1999, afer *Jaamac*, núm. 176.272, *AJDA*, núm. 1, 2000, pàg. 83 (en aquest darrer cas es parla de *clima generalitzat d'anarquia*).

¹⁸² Tant a França com a Alemanya, la controvèrsia sobre l'agent de la persecució i el paper de l'estat ha estat normativament tancada per la llei. A França la revisió de la Llei relativa a l'asil, que ha fet una transposició anticipada de la que directiva d'harmonització europea de la noció de refugiat, adoptada el 29 d'abril de 2004 [Directiva del Consell 2004/83/CE, *DOUE* 30.9.2004, N° L 304/12-23], ha establert que les persecucions i amenaces que poden conduir al reconeixement de refugi o a la concessió de protecció subsidiària *poden ser fetes per autoritats de l'estat, partits o organitzacions que controlen l'estat o una part substancial del territori de l'estat, o actors no estatals* en els casos en què les autoritats de l'estat o les organitzacions internacionals i regionals refusen o no poden oferir protecció. *Loi n° 2003-1176 du 10 décembre 2003 modifiant la loi n° 52-893 du 25 juillet 1952 relative au droit d'asile*, *JOFR* d'11 de desembre de 2003, pàgs. 21080-21085. Actualment aquesta disposició forma part del *Code de l'entrée et du séjour des étrangers en France*, article L 713-2, *JORF* de 25 de novembre de 2004, text 12/119. A la República Federal d'Alemanya la *Zuwanderungsgesetz* que va entrar en vigor l'1 de gener de 2005 estableix que d'acord amb la Convenció de Ginebra no es podran deportar persones respecte de les quals hi ha un risc que pateixin persecució, i al respecte d'això, s'estableix expressament que persecució pot emanar de a) l'estat; b) grups o organitzacions que controlen l'estat o parts substancials del territori nacional; o c) grups no estatals, si els actors de a i b, incloent-hi organitzacions internacionals, són demostrablement incapaces o no volen oferir protecció davant de persecució. *Aufenthaltsgesetz* de 30 de juny de 2004, publicada el 5.8.2004, §60 [s'utilitza la traducció en anglès del Ministeri de l'interior, *Residence Act* de 30 de juny de 2004].

¹⁸³ Per exemple, Commission des recours des réfugiés (Bèlgica), decisió de 8 de novembre de 1990, afer *Kaman Hacı*, núm. 90/145/FA017, UNHCR *Refworld-Legal Information* CAS/BEL/035.

¹⁸⁴ James C. Hathaway, *The Law of Refugee Status*, op. cit., pàg. 135.

Aquesta idea és present, per exemple, a la sentència *Adan* de la *House of Lords* britànica d'abril de 1998, quan el Lord Lloyd of Berwick estableix que la definició de l'article 1 de la Convenció de Ginebra requereix l'anàlisi de dues qüestions. El demandant d'asil ha de satisfer el *test del temor* i el *test de la protecció*, i, en el cas del segon text, *si, per qualsevol raó, l'estat en qüestió és incapaç de proporcionar protecció contra faccions de dins de l'estat, llavors, els requisits per a l'estatut de refugiat es compleixen*¹⁸⁵. En base a la idea del refugi com a protecció de substitució i amb un argument basat en l'efecte útil de les paraules, per justificar una interpretació de persecució com a incloent la possibilitat de persecució per part d'agents no estatals, es diu que

*Si la categoria (1) [nacionals que són fora del seu país que tenen un temor fonamentat de persecució per un motiu dels de la Convenció, i que no poden emparar-se en la protecció del seu país] estigués confinada als refugiats subjectes a persecució estatal, llavors puc considerar que aquestes persones no podran, ex hypothesi, emparar-se en la protecció de l'estat. Des d'aquest punt de vista, les paraules emprades no tindrien sentit. Però la categoria (1) no està limitada d'aquesta manera. També inclou el conjunt important de persones que a vegades s'anomenen "third party refugees", és a dir, aquells que són víctimes de persecució per part de faccions dins de l'estat. Si l'estat en qüestió pot proporcionar protecció a aquestes persones, ho hi ha cap raó per qualificar-les de refugiats*¹⁸⁶.

101. En una sentència de la *Court of Appeal* de juliol de 1999, on calia decidir, en definitiva, si França i Alemanya eren estats segurs als efectes de transferir-hi uns demandants d'asil, de manera que no es comprometés la responsabilitat del Regne Unit de complir amb la Convenció de Ginebra, la Cort es va plantejar quin era el significat de l'article 1 de la Convenció i, especialment, si era possible admetre les interpretacions divergents que feien, entre ells, i respecte la del Regne Unit, de la noció de refugiat. En aquest cas, es va dir que

La qüestió que hem de decidir és si, en dret, l'abast de l'article 1 A (2) s'estén fins a les persones que temen una persecució exercida per agents no estatals en circumstàncies en que l'estat no és còmplice de la persecució, perquè no vol o no pot (incloent-hi els casos en què no hi ha una autoritat estatal efectiva) donar protecció, o no. No tenim però cap dubte que aquestes persones, la situació dels quals s'estableix a través dels fets, tenen dret a la protecció de la Convenció.

I l'argument que s'utilitza és principalment que cal fer una interpretació adaptada a les circumstàncies actuals, encara que en el temps de fer-se la Convenció no es pensés en la possibilitat que el refugi també es podria aplicaren cas de persecució privada

Està clar que els estats signants van voler que la Convenció proporcionés protecció als refugiats continuadament en les circumstàncies canviants del món present i futur. Des del nostre punt de vista, la Convenció ha de ser vista com a un

¹⁸⁵ House of Lords (United Kingdom), sentència de 2 d'abril de 1998, afer *Regina versus Secretary of State for the Home Department (Appellant) Ex parte Adan (Respondent)*, loc. cit., pàg. 5/9.

¹⁸⁶ *Ibidem*, pàgs. 4-5/9.

*instrument viu (...) Observada des d'aquesta òptica, la Convenció de Ginebra és apta inequívocament per oferir protecció contra agents no estatals, quan per la raó que sigui l'estat no vol o no pot oferir protecció*¹⁸⁷.

En el cas *Horvath*, resolt per la *House of Lords* el juliol de 2000, el Lord Hope of Craighead considera expressament que el propòsit general de la Convenció de Ginebra és permetre que qui ja no gaudeix de la protecció contra la persecució per un dels motius de la Convenció en el seu país pugui ser protegit per la comunitat internacional, és a dir, el *principi de substitució*. Segons ell, el test del temor de ser perseguit i test de la protecció estan vinculats quan del que es tracta és de determinar si existeix o hi ha motius per pensar que hi pot haver persecució privada en una determinada situació:

*En el context d'una al·legació de persecució per part d'agents no estatals, el mot "persecució" implica un fracàs per part de l'estat de fer que hi hagi protecció disponible contra els maltractaments o la violència que una persona pateix a mans de dels seus perseguidors. En un cas on l'al·legació és de persecució per part de l'estat o dels seus propis agents el problema, per suposat, no sorgeix. Hi ha un cas clar de protecció de substitució per part de la comunitat internacional. Però en el cas d'una al·legació de persecució per part d'agents no estatals el fracàs de l'estat en proporcionar protecció és tanmateix un element essencial. Proporciona el pont entre la persecució per part de l'estat i la persecució per agents no estatals, necessària en l'interès de la coherència de tot el sistema*¹⁸⁸.

102. Amb la sentència *Horvath* la *House of Lords* consolida una línia jurisprudencial que emmarca la interpretació del refugi en la protecció internacional dels drets humans i que considera *irrellevant* la font de la persecució¹⁸⁹. Malgrat això, el fet que s'estableixi un vincle entre el test de la persecució i el test de la protecció en el

¹⁸⁷ Court of Appeal, Civil Division (Regne Unit), sentència de 23 de juliol de 1999, afer *R. versus Secretary of State for the Home Department, ex parte Adan*; *R. versus Secretary of State for the Home Department, ex parte Subaskaran*; *R. versus Secretary of State for the Home Department, ex parte Aitseguer*, *IJRL*, vol. 11, núm. 4, 1999, pàg. 724. En l'apel·lació es confirma la sentència, avalant, amb paraules de Lord Steyn que, en principi, *there can only be one true interpretation of a treaty*; i que la interpretació autònoma rellevant de l'article 1 de la Convenció comporta que no es poden fer distincions entre estats on no hi ha govern (com Somàlia) i estats on el govern és incapaç de proporcionar la protecció necessària (com Algèria). *House of Lords (Regne Unit)*, sentència de 19 de desembre de 2000, afer *R. versus Secretary of State for the Home Department, ex parte Adan*; *R. versus Secretary of State for the Home Department, ex parte Aitseguer*, *IJRL*, vol. 13, núm. 1/2, 2001, pàgs. 213 i 216.

¹⁸⁸ *House of Lords (Regne Unit)*, sentència de 6 de juliol de 2000, afer *Horvath versus Secretary of State for the Home Department*, *IJRL*, vol. 13, núm. 1/2, pàg. 179. El vincle entre la persecució privada i l'absència de protecció estatal també s'interpreta de la mateixa manera a la sentència de la High Court d'Austràlia *Khawar* de 2002, on es diu, a més que el requisit que la persecució estigui basada en un dels motius de la convenció pot ser satisfet bé per l'agent privat, bé per l'estatal, en aquests casos. Aquí es tractava del cas d'una dona pakistanesa víctima d'una violència familiar important i duradora tolerada per l'estat com a part d'una discriminació sistemàtica contra les dones: *Where persecution consists of two elements, the criminal conduct of private citizens and the toleration or condonation of such conduct by the state, resulting in the withholding of protection which the victims are entitled to expect, then the requirement that the persecution be by reason of one of the Convention ground may be satisfied by the motivation of either the criminals or the state*. High Court (Austràlia), sentència d'11 d'abril de 2002, afer *Minister for Immigration and Multicultural Affairs versus Khawar*, S128/2001 [2002] HCA 14, §31.

¹⁸⁹ Hélène Lambert, "The Conceptualisation of 'Persecution' by the House of Lords: *Horvath v. Secretary of State for the Home Department*", *IJRL*, vol. 13, núm. 1/2, 2001, pàg. 30.

cas de la persecució no estatal comporta alguns problemes. Segons aquesta sentència ja no es tracta de determinar, primer, el risc de perill i, segon, la possibilitat de protecció per part de l'estat, sinó de veure la *persecució privada* com incloent un cert grau de *culpabilitat* per part de l'estat, cosa que fa en certa manera redundant el segon test. La *confusió* dels tests retorna el paper principal del refugi a l'estat, i dificulta una argumentació viable per a considerar que pot existir refugi en cas d'absència d'estat¹⁹⁰.

Tant si es considera el test de la *protecció* com un test autònom del de la *persecució*, com si no, la perspectiva que es centra en la manca de protecció per part de l'estat d'origen i en la idea que el refugi és una *protecció de substitució*, ha estat posada en dubte per raó del context històric de la regulació actual del refugi. En general, s'accepta que en el context posterior a la segona Guerra Mundial, l'única cosa que pretenia la Convenció de Ginebra era procurar una definició universal de refugiat que, amb Protocol de Nova York de 1967, havia de ser aplicable a tot arreu i en tot moment. La definició de refugiat d'aquesta convenció es refereix a persones que són fora del país de la nacionalitat (o residència habitual en el cas dels apàtrides) i no poden o, a causa del temor de ser perseguits, no poden acollir-se a la protecció que els estats en condicions normals estan en disposició de donar als seus nacionals a l'estranger d'acord amb el dret internacional, que és protecció diplomàtica i consular.

c. Absència de protecció externa versus absència de protecció interna

103. Textos de referència de l'època, com la definició de refugiat de la Constitució de l'*Organització Internacional per als Refugiats* de 1946¹⁹¹, o anteriors, com una resolució de l'*Institut de Droit International* de 1936¹⁹², que ofereixen definicions universals de refugiat avalen aquesta opció interpretativa. També la majoria de la doctrina, tant de l'època com posterior, assumeix que la noció de refugiat de la Convenció de Ginebra es referia en els anys cinquanta a la manca de voluntat o

¹⁹⁰ Daniel Wilsher, "Non-State Actors and the Definition of a Refugee in the United Kingdom: Protection, Accountability or Culpability?", *IJRL*, vol. 15, núm. 1, 2003, pàgs. 97-98.

¹⁹¹ Després d'enumerar-se tres categories de refugiats, les víctimes dels règims nazi i feixista, els republicans espanyols i altres víctimes del règim falangista espanyol, i els ja considerats refugiats abans de la segona Guerra mundial, la secció A de la Primera Part de l'Annex I de la *Constitució de l'Organització Internacional per als refugiats* diu que (...) le terme "réfugié" s'applique aussi à toute personne, autre qu'une personne déplacée qui se trouve en dehors du pays dont elle a la nationalité ou dans lequel elle avait auparavant sa résidence habituelle, et qui, par suite d'événements survenus après le début de la deuxième guerre mondiale, ne peut ou ne veut pas se réclamer de la protection du Gouvernement du pays dont elle a la nationalité. AGNU, Resolució 62 (I) de 15 de desembre de 1946, pàg. 111.

¹⁹² IDI, *Statut juridique des apatrides et des réfugiés*, Sessió de Brussel·les, 1936, on es diu que (...) le terme "réfugié" désigne tout individu qui, en raison d'événements politiques survenus sur le territoire de l'État dont il était ressortissant, a quitté volontairement ou non ce territoire ou en demeure éloigné, qui n'a acquis aucune nationalité nouvelle et ne jouit de la protection diplomatique d'aucun autre État. Article 2§2 de la resolució.

impossibilitat de prevaler-se de la protecció diplomàtica de l'estat d'origen¹⁹³. La qüestió que es planteja és si tenint en compte l'evolució tant de la institució de la protecció diplomàtica com de la protecció internacional dels drets humans en el darrer mig segle, es pot afirmar que la impossibilitat o manca de voluntat d'emparar-se en la protecció de l'estat d'origen també es refereix a la protecció interna en l'estat d'origen.

A nivell teòric, és possible pensar en una situació on una persona hagi estat sotmesa o pugui estar-ho a persecució per part d'agents no estatals en el lloc d'origen, se n'hagi anat, i pugui, en el territori d'acollida, prevaler-se de la protecció externa de l'estat d'origen, mentre aquest sigui més o menys efectiu. A la pràctica, però, la manca de voluntat o incapacitat de l'estat de donar prou protecció a l'interior del país es traslladarà a les possibilitats d'obtenir protecció externa.

Alguns autors han considerat que interpretar la manca de protecció de l'estat d'origen com a manca de protecció interna, enlloc de manca de protecció diplomàtica i consular dels ciutadans que són a l'estranger, pot ser perjudicial per als mateixos refugiats, ja que pot implicar un trasllat inconvenient de la doctrina dels drets humans i afegir un requisit més a la definició de refugiat, amb els risc que esdevingui més restrictiva¹⁹⁴. Altres, i el mateix ACNUR, han considerat que, fent una interpretació de conjunt, tampoc és necessari considerar que la definició de refugiat incorpora la necessitat de demostrar manca de protecció en el país d'origen, ja que pot ser legítim per a algú no demanar o acceptar protecció diplomàtica o consular si això el pot dur a ser retornat al lloc on tem patir persecució¹⁹⁵. En resum, amb paraules de l'ACNUR, les dues perspectives no són contradictòries i poden integrar-se:

Una anàlisi textual, considerant l'emplaçament d'aquest element [la persona no pot o no vol prevaler-se de la protecció de l'estat], al final de la definició i seguint

¹⁹³ Gerrit Jan Van Heuven Goedhart, "The Problem of Refugees", *R. des C.*, vol. 82, 1953-I, pàgs. 283-284. Paul Weis, "Le Statut international des Réfugiés et Apatrides", *JDI*, vol. 83, núm. 1, 1956, pàg. 9; *id.*, "The International Protection of Refugees", *AJIL*, vol. 48, núm. 2, 1954, pàg. 218/ "La protection internationale des réfugiés", extrait de la *Révue internationale de la Croix-Rouge*, setembre-novembre de 1954, HCR/INF/27, pàg. 37/41. Pocs anys després d'aquests dos articles, el mateix Paul Weis apunta "alguns del principals problemes d'interpretació" entre els qual s'hi troba l'expressió "...no pot o... no vol" de la definició de refugiat. L'autor, citant el comentari que al respecte de la definició de refugiat va fer el *Comité especial per a l'apatridia i els problemes connexos*, que va preparar el projecte de convenció, diu que, segons la interpretació del Comitè, les paraules "no pot" es refereixen primerament als refugiats apàtrides, però que també al·ludeixen *els refugiats que tenen una nacionalitat i als qui els seu govern refusa un passaport o qualsevol altra protecció*. Paul Weis, "Le concept de réfugié en droit international", *JDI*, tom 87, núm. 4, 1960, pàg. 975. També, Atle Grahl-Madsen, [*The Status of Refugees in International Law*, vol. 1, *op. cit.*, § 98, pàg. 255] uns anys més tard, considera que una persona es beneficia de la protecció de l'estat d'origen si en treu algun benefici del fet de ser nacional, i pot fer-ho, per exemple, demanant i rebent un passaport, un certificat de nacionalitat per regularitzar la seva situació en un altre país, o d'invocar tractats de reciprocitat (protecció activa o explícita), o bé, demanant protecció diplomàtica (protecció passiva o implícita). Aquesta terminologia és usada a la pàg. 381. Més recentment, Antonio Fortin, "The Meaning of 'Protection' in the Refugee Definition", *IJRL*, vol. 12, núm. 4, 2000, pàgs. 548-576.

¹⁹⁴ Volker Türk, Frances Nicholson, "Refugee protection in international law: an overall perspective", *loc. cit.*, pàg. 40.

¹⁹⁵ Antonio Fortin, "The Meaning of 'Protection' in the Refugee Definition", *loc. cit.*, pàg. 576.

*directament i modificant en un sentit la frase "està fora de l'estat de la seva nacionalitat", juntament amb l'existència d'un test diferent per als apàtrides, suggereix que el significat que es pretenia en el moment de la redacció i l'adopció [de la convenció] era certament protecció externa. Una anàlisi històrica duu a la mateixa conclusió. No voler un mateix prevaler-se d'aquesta protecció externa s'entén que significa no voler exposar-se un mateix a la possibilitat de ser retornat a l'estat de la nacionalitat on la temuda persecució pot succeir*¹⁹⁶.

104. Amb tot, cal tenir en compte, com deia la *House of Lords*, que la Convenció de Ginebra, com en general tots els tractats internacionals, i en especial els relatius als drets humans, és un instrument viu, i que la seva eficàcia depèn d'una aplicació *dinàmica* ajustada a les circumstàncies actuals¹⁹⁷. No és acceptable la tesi que planteja que entendre la manca de protecció de l'estat en el sentit de protecció *en* l'estat del que s'ha fugit comporti una interpretació restrictiva de la noció de refugiat. Ans el contrari, això significa donar un sentit actual a la noció de refugiat i una eficàcia a la noció. No es tracta de fer del refugi una forma universal de protecció de les persones que poden veure els seus drets humans vulnerats; com s'ha vist, cal que la persona estigui individualitzadament en risc, és a dir, *ella mateixa* en risc, per un motiu de persecució que pot ser col·lectiu, i cal un cert element de discriminació¹⁹⁸ o *diferenciació* basat en un dels motius enunciats en la Convenció. Però cal preservar un sentit útil per a la definició de refugiat a l'actualitat, en definitiva, la interpretació contextual o històrica és únicament un dels mitjans d'interpretació vàlids.

Res no justifica el temor que es traslladi inadequadament la doctrina de la protecció dels drets humans, com la necessitat de l'esgotament dels recursos interns, perquè es parteix de la base que el refugiat és una persona *perseguida* (tant si ja ha patit persecució com si podria patir-ne si no se la protegeix), i que hi ha raons per les que no pot (o no vol) emparar-se de la "protecció" teòrica externa o interna de l'estat d'origen. Seria contrari a l'objecte i al propòsit de la protecció dels refugiats present també en la Convenció de Ginebra exigir aquest requisit, en aquest cas, addicional i improcedent. No és acceptable la substitució gairebé completa del refugi per formes de protecció temporal o subsidiària de contingut variable i baix perfil, amb l'excusa que la definició de refugiat de la Convenció de Ginebra es troba ultrapassada per les circumstàncies històriques. La definició de refugiat, com es veurà més endavant ja no és útil per a tots els supòsits en què les persones han de fugir del seu lloc d'origen i, per això, és bo establir noves figures de protecció, però això no justifica l'enterrament de la protecció del refugiat a través d'interpretacions restrictives tant de la noció de persona protegida, com del contingut de la protecció.

¹⁹⁶ ACNUR, *The International Protection of Refugees: Interpreting article 1...*, loc. cit., pàg. 87.

¹⁹⁷ Niraj Nathwani, *Rethinking Refugee Law*, op. cit., pàg. 11 i també 94-98.

¹⁹⁸ *La persecución siempre entraña algún tipo de discriminación*. Comitè Executiu del Programa de l'ACNUR, *Nota sobre protecció internacional*, 49º període de sessions, 3 de juliol de 1998, A/AC.96/898, § 5, pàg. 2/15

105. Partint d'aquesta perspectiva, i considerant quin és el sentit avui dia de la protecció diplomàtica i consular, sobretot, comparativament amb el de la protecció dels drets humans, hom s'adona que la primera ha cedit espai en favor de la segona dins dels mecanismes de protecció de la persona. Com ha exposat impecablement Walter Kälin, la clàusula de la definició de refugiat que es refereix a que la persona no pot o no vol prevaler-se de la protecció del seu país d'origen *ha perdut molt del seu significat original tal com la funció de la protecció diplomàtica i consular ha canviat fonamentalment des de que la Convenció de 1951 va ser redactada. Tot i que aquesta protecció roman important des de diferents punts de vista, ha perdut la seva funció original d'assegurar uns drets bàsics als estrangers en una època en què els drets humans a nivell internacional virtualment no existien*¹⁹⁹. La protecció diplomàtica servia, fins a mitjans del segle XX, per fer que un estat que no respectava l'estàndard mínim internacional de tractament en persones estrangers corregissin la seva actitud i, eventualment, compensessin els danys causats²⁰⁰.

*La protecció diplomàtica era el substitut procedimental de la manca de protecció internacional dels drets humans de les persones contra les violacions dels seus drets bàsics en estats estrangers. Amb l'emergència del dret internacional dels drets humans, no obstant, la importància de l'estàndard mínim va disminuir ja que aquest règim habilita els individus a invocar els seus drets directament respecte d'un estat estranger. Aquests canvis, proporcionen fortes raons per a una interpretació del text de l'article 1 A 2 de la Convenció de Ginebra de 1951 que doni a la noció de "protecció" en la clàusula "no pot prevaler-se..." un significat ampli que també cobreixi la protecció interna. Això suposa una extensió lògica de la idea original dels redactors de la Convenció de 1951 que consideraven la persecució i l'absència de protecció com els dos requisits claus de la definició de refugiat*²⁰¹.

Aquesta interpretació que té en compte el sentit actual de les institucions, sobretot en relació les unes amb les altres, ha estat incorporada expressament en la jurisprudència d'alguns estats. A la sentència de la High Court australiana *Khawar* de 2002, el jutge Gleeson després de citar a Walter Kälin, considera que

S'accepta a Austràlia i s'accepta amplament a d'altres jurisdiccions, que el perill greu que implica la persecució pot ser infligit per persones que no són agents del govern de l'estat de la nacionalitat a què es refereix l'article 1 A 2. No obstant això, el cas paradigmàtic de persecució contemplat per la Convenció és persecució per part del mateix estat. L'article 1 A 2 tenia per objectiu, encara que no exclusivament, la persecució per part de l'estat o dels seus agents basada en un dels motius de assenyalats. Tenint això en compte, hi ha una paradoxa en la referència a la incapacitat o manca de voluntat del refugiat de prevaler-se de la protecció del seu perseguidor. Però, acceptant que, en aquest punt de l'article, es fa referència a la protecció en el sentit restringit, una incapacitat o manca de voluntat de cercar protecció diplomàtica a l'estranger pot ser explicada per una

¹⁹⁹ Walter Kälin, "Non-State Agents of Persecution and the inability of the State to Protect", *loc. cit.*, pàgs. 427-428.

²⁰⁰ *Ibidem*.

²⁰¹ *Ibidem*.

*absència de protecció interna en el sentit ampli, o pot estar relacionada amb la possibilitat que cercar aquesta protecció dugui al retorn al lloc de la persecució. Durant els anys cinquanta, la gent fugia cap a Austràlia de la persecució comunista d'Hongria. En arribar, no preguntaven l'adreça de l'ambaixada hongaresa*²⁰².

La qüestió del tipus de protecció a la que es refereix la definició de refugiat és, per tot això, un dels elements de la definició que més ha estat transformat per l'impacte de la protecció internacional dels drets humans que s'ha desenvolupat des de mitjans del segle XX. La perspectiva de la protecció de la persona en la noció de refugiat té el límit de la mateixa definició de la Convenció de Ginebra, i dels seus propòsits i principis, ja que, com s'ha dit, no es pretén donar protecció *de substitució* a totes les persones que poden veure vulnerats els seus drets humans. Els riscos d'una comprensió equivocada de la noció de refugiat provenen així, en l'actualitat, tant d'una interpretació il·limitadament expansiva, que perverteixi els paràmetres del sistema internacional del refugi (i fins i tot provoqui un reflux reduccionista), com també de la idea que és un instrument que ha caducat absolutament pel pas del temps i el canvi de les circumstàncies.

106. La perspectiva des de la persona, o el discurs dels drets humans aplicat a la definició i protecció dels refugiats condueix a una comprensió dinàmica de la Convenció de Ginebra en base als seus propòsits i principis, presents des de més de cinquanta anys enrere²⁰³. Aquesta perspectiva ha estat útil per acollir formes de persecució no previstes en els anys cinquanta, com les persecucions basades en el sexe de les persones o la seva orientació sexual, emparant-les en la noció de "grup social"²⁰⁴; però, en canvi, no ha servit, encara, per ampliar el concepte de persecució per raó de les opinions polítiques, per exemple, a la objecció de consciència, és a dir, als atacs a l'exercici del dret a la llibertat de consciència que poden suposar els càstigs per la negativa a complir amb el servei militar obligatori en un estat on no es garanteix el respecte ple dels drets fonamentals dels pobles que en formen part²⁰⁵.

²⁰² High Court (Austràlia), sentència d'11 d'abril de 2002, afer *Minister for Immigration and Multicultural Affairs versus Khawar*, *loc. cit.*, § 22.

²⁰³ Malgrat tot les circumstàncies han canviat i, per això, si entre els propòsits inicials de la Convenció s'hi trobaven no només la defensa dels drets humans en sentit estricte, sinó també la protecció jurídica de les persones que s'oposaven per raons polítiques a règims opressors, el segon ha perdut bona part de la seva rellevància en el context posterior a la Guerra freda. Aquest fet no fa la Convenció caduca, sinó que fa que es centri l'atenció en l'eix central de la protecció de la persona. Daniel J. Steinbock, "Interpreting the Refugee Definition", *UCLA Law Review*, vol. 45, núm. 3, 1998, pàgs. 733-816.

²⁰⁴ La jurisprudència de molts estats s'ha obert a aquesta possibilitat des dels anys vuitanta, però això no significa que no sigui encara vacil·lant i poc consolidada, sobretot quan la persecució es produeix per raó de la orientació sexual. Alguns autors defensen que, en definitiva, en aquests casos, on la persecució és fruit d'una concepció de l'homosexualitat com a punible, o indesitjable políticament o moralment, *la persecució per aquest motiu és persecució per motiu d'una (mínimament atribuïda) opinió política*. Thomas Spijkerboer, "Querelle Asks for Asylum", Peter Fitzpatrick, James Henry Bergeron (eds.), *Europe's Other: European Law Between Modernity and postmodernity*, Aldershot (Hampshire-UK): Ashgate, 1998, pàg. 212.

²⁰⁵ Per exemple, House of Lords (Regne Unit), sentència de 20 de març de 2003, afer *Sepet (FC) and another (FC) (Appellants) versus Secretary of State for the Home Department (Respondent)* [2003]

El discurs dels drets humans, si bé no amplia il·limitadament la noció de refugiat (ni ho cal que ho faci), sí que pot permetre fer-ho per a la protecció dels drets humans fonamentals que són darrera els motius de la persecució de la que el refugiat fuig. Tot depèn del grau de consens i de consciència que la comunitat internacional tingui en cada moment històric respecte de quins comportaments resulten ser formes de persecució prohibida.

La penetració del paradigma de la protecció internacionals dels drets humans en el Dret del refugi no és un revulsiu d'un abast tal que transformi o absorbeixi aquest, fins a la no diferenciació entre els dos àmbits²⁰⁶; sinó que l'enriqueix, a vegades el *suplanta* i, en tot cas, suposa el límit que no pot traspassar-se en ser interpretat i aplicat per part dels estats: és la *xarxa de seguretat contra una aplicació minimalista de la Convenció de Ginebra de 1951*²⁰⁷.

UKHL 15. En aquesta sentència es va resoldre el cas de dos nois que van arribar al Regne Unit i hi van demanar asil al·legant que no volien fer el servei militar, perquè no compartien les opcions polítiques del govern turc d'assetjament del poble kurd al qual pertanyien, i que això els afectava directament, perquè no volien participar en les accions, fins i tot atrocitats i violacions de drets humans, a les que podrien ser requerits, ja que, presumiblement l'àrea operacional on haurien de desenvolupar bona part de les seves activitats com a militars seria en la zona on hi ha el conflicte.

²⁰⁶ El Dret del refugi conserva el seu *particularisme* en relació al Dret dels drets humans; per a Jean-François Flauss, pretendre que la solució està en la protecció dels drets humans suposa situar-se en una visió del dret internacional *plus proche de celle de l'«âge métaphysique» que de l'«âge positif»*. Jean-François Flauss, "Les droits de l'homme et la Convention de Genève du 28 juillet relative au statut des réfugiés", *loc. cit.*, pàg. 94.

²⁰⁷ *Ibidem*, pàg. 129.

CAPÍTOL IV LA RESPONSABILITAT DELS ESTATS EN LA NOCIÓ DE SOLUCIÓ DEL PROBLEMA DELS DEMANDANTS D'ASIL

107. L'evolució dels fenòmens migratoris d'ençà uns anys, juntament amb la degradació dels instruments normatius existents per afrontar-los (desbordament dels procediments, manca d'adequació de les categories previstes, incapacitat d'adaptació d'aquests a la realitat), han conduït a que s'hagin anat plantejant noves formes de solució parcial o global de les problemàtiques noves. En general, s'ha considerat necessari adoptar punts de partida força més amplis que els de la Convenció de Ginebra de 1951, i perspectives més plurals, que vagin més enllà de plantejaments basats únicament en les implicacions dels principis humanitaris. Des d'una perspectiva més aviat realista, es planteja la necessitat de prendre en consideració fórmules de prevenció, d'identificació, de control i de repressió de les causes dels fluxos; i, com a un dels aspectes més importants, es reivindica la implantació de mecanismes que tinguin en consideració els interessos dels estats implicats. El desenvolupament de les conseqüències jurídiques de la violació per part dels estats d'origen de les seves obligacions respecte dels propis ciutadans constitueix, en aquest sentit, un intern d'abordar les causes dels fluxos de refugiats i provar de trobar formes de prevenir-los¹.

Aquestes qüestions han rebut una atenció especial per part de la literatura jurídica en el període posterior a la guerra freda, quan, precisament, la retòrica dels drets humans ha perdut capacitat de convicció enfront de la defensa dels interessos dels estats i les seves comunitats. Des de l'establiment de la Convenció de Ginebra fins llavors, els drets humans van ser el centre de gravetat de l'anàlisi, en tant que s'entenia que la seva violació era l'origen de l'arribada de refugiats, i la seva protecció exigia el seu reconeixement en la persona del refugiat, per definició, no nacional.

En els darrers anys, la perspectiva de l'estat s'ha anat imposant en el desenvolupament del Dret del refugi, i tendeix a establir les responsabilitats dels actors internacionals, malgrat l'existència d'una retòrica humanitària entorn de la noció de *solució* de la qüestió dels refugiats.

¹ Riccardo Pisillo Mazzeschi, "Flussi di rifugiati e responsabilità dello stato di origine", *RDI*, vol. LXXXII, fasc. 3, 1999, pàg. 646. També, en el mateix sentit, sobre la responsabilitat de l'estat d'origen, Christian Tomuschat, "State Responsibility and the Country of Origin", Vera Gowlland-Debbas (ed.), *The Problem of Refugees in the Light of Contemporary International Law Issues*, La Haia, Boston, Londres: Martinus Nijhoff Publishers, 1996, pàgs. 59-79.

A. LA RESPONSABILITAT DELS ESTATS PELS FLUXOS FORÇOSOS DE POBLACIÓ

108. Més enllà de la perspectiva que es centra en la protecció dels drets humans de les persones que conformen els fluxos de població, els moviments migratoris forçosos susciten qüestions relatives a les relacions entre estats, que exigeixen una resposta política més global².

El règim jurídic actualment aplicable a les persones que es troben en una situació de necessitat de protecció parteix, principalment, de les obligacions que els estats d'acollida tenen respecte dels que han fugit del territori dels respectius estats d'origen. Aquesta perspectiva és la que adopta la Convenció de Ginebra de 1951 en la configuració d'un estatut per als refugiats i, també, és la perspectiva general que s'ha adoptat en aquest treball per tal de definir l'estatut dels demandants d'asil, és a dir, dels refugiats i de les persones que es troben en una situació de *necessitat de protecció* abans que sigui reconeguda formalment una forma de protecció estatutària, asil o una protecció *subsidiària*.

La sistematització del contingut del marc normatiu internacional respecte dels demandants d'asil actuals, des d'aquesta perspectiva, és només un aspecte dels que plantegen les migracions forçoses. Una altra part important del debat sobre el règim general de les migracions forçoses en que s'emmarca l'estatut dels demandants d'asil respecte dels estats d'acollida és la qüestió de la responsabilitat internacional de l'estat d'origen pels fluxos de refugiats. Tot i la dificultat de fer derivar efectes pràctics d'una suposada responsabilitat internacional dels estats d'origen i d'arribada dels demandants d'asil per l'existència de migracions forçoses o pel tancament de fronteres en determinades circumstàncies, aquesta perspectiva permet inspirar formules per a la solució global de la problemàtica actual que presenten els refugiats, com la idea d'atribuir una responsabilitat subsidiària a la comunitat internacional en la seva protecció. En aquest capítol es planteja, primer, la responsabilitat del país o estat d'origen, tant pels efectes dels seus actes o omissions en els individus o grups d'individus que es troben sota la seva jurisdicció, com envers l'estat d'acollida dels demandants d'asil. I, després, la possible responsabilitat de l'estat d'asil, si aquest no compleix amb les seves obligacions convencionals o de dret general respecte dels demandants d'asil.

² Jean-Pierre Hocké, "Beyond Humanitarianism. The Need for Political Will to Resolve Today's Refugee Problem", Gil Loescher, Laila Mohanan, *Refugees and International Relations*, Oxford: Oxford University Press, 1989, pàg. 41; Gil Loescher, *Beyond Charity. International Cooperation and the Global Refugee Crisis*, New York-Oxford: Oxford University Press, 1993, pàg. 10.

1. La responsabilitat dels estats d'origen³

109. La responsabilitat internacional de l'estat d'asil pels fluxos forçosos de població, en principi sorgiria per la comissió d'un il·lícit internacional, causant d'un dany respecte d'algú, i amb conseqüències jurídiques respecte de la o les víctimes del dany. Tot i això, la doctrina també ha plantejat que la responsabilitat dels estats per fluxos de refugiats podria derivar-se sense existís un il·lícit internacional previ.

a. L'il·lícit internacional

110. Tant la doctrina com les institucions internacionals han destacat des de força temps ençà que la violació greu i continuada de drets humans a les seves poblacions per part dels estats pot constituir una amenaça per als altres estats⁴. En aquest sentit, el Consell de Seguretat ha considerat, per exemple, en el cas de la repressió del poble kurd a l'Iraq a principis dels noranta, que les *conseqüències* de la violació greu dels drets humans, referint-se als desplaçaments forçosos de població, posaven en perill la pau i la seguretat internacional⁵. L'Assemblea General ha afirmat en les seves resolucions la *responsabilitat* dels estats d'origen en els fluxos migratoris provocats per ells⁶. I també, tot i que en termes amplis, la Conferència Mundial de Drets Humans de 1993 va subratllar la responsabilitat dels estats d'origen en relació als moviments de refugiats⁷.

³ Es fa referència a la responsabilitat dels estats d'origen, per exemple, al *Documento final de la Conferència Mundial de Derechos Humanos*, Part II, en el context de la necessitat de formular estratègies per abordar les causes i els efectes dels moviments de refugiats, la preparació per a situacions d'urgència, i l'assoliment de solucions durables. La Conferència Mundial de Drets Humans *subratlla la responsabilitat dels estats, particularment en allò que es refereix als països d'origen*. *Asamblea General, Aprobación de los Documentos Finales y del Informe de la Conferencia*, Conferencia Mundial de derechos Humanos, Viena 14 a 25 de juny de 1993, (A/CONF.157/DC/1/Add.1), 24 de juny de 1993, pàg. 10.

⁴ Léopold Bolesta-Koziebrodzki, *Le droit d'asile*, Leyde: A.W. Sythoff, 1962, pàg. 74-75. També en aquest sentit, Wladyslaw Czapinski, i Pavel Sturma, "La responsabilité des états pour les flux des réfugiés provoqués par eux", *AFDI*, vol. XL, 1994, pàgs. 156-169; Jack I. Garvey, "Toward a Reformulation of International Refugee Law", *HILJ*, vol. 26, núm. 2, pàgs. 483-484, i James Kelley, "Refugee Protection: Whose Responsibility Is It Anyway?", *IJRL Special Issue*, 1990, pàgs. 277-282.

⁵ Resolució 688 del Consell de Seguretat, de 5 d'abril [Resolució 688 (1991) del Consell de Seguretat, de 5 d'abril de 1991. *Resoluciones y decisiones del Consejo de Seguridad. 1991*, Consell de Seguretat, *Documentos oficiales: cuadragésimo sexto año*, 1993, pàgs. 37-38].

⁶ Per exemple, la Resolució 105 (47) de 16 de desembre de 1992, *sobre la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados*, §10, on es diu: "L'Assemblea General(...) 10. *Subratlla enèrgicament la responsabilitat dels estats, en especial dels països d'origen, inclosa la d'abordar les causes profundes d'aquests problemes i la de facilitar la repatriació voluntària dels refugiats i el retorn, de conformitat amb la pràctica internacional, dels seus nacionals que no siguin refugiats*". *Asamblea General, Resoluciones y decisiones aprobadas por la Asamblea General durante su cuadragésimo séptimo período de sesiones*, vol. I, 15 de sept.-23 de dic. de 1992, Suplemento No.49 (A/47/49), Nueva York: Naciones Unidas, 1993, pàg.196.

⁷ *Documento final de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos*, en la Part II, quan en el context de la necessitat de formular estratègies per abordar les causes i els efectes dels moviments de refugiats, la preparació per a situacions d'urgència, i l'assoliment de solucions durables, la Conferència Mundial de Drets Humans *subratlla la responsabilitat dels estats, particularment en allò que es refereix als països*

Per part de la doctrina, diversos autors han defensat en els darrers anys, sobretot des de l'acabament de la guerra freda, que són contraries als principis i normes de dret internacional les expulsions *massives* de persones que després esdevenen refugiats en països estrangers. Les expulsions individuals poden ser actes il·lícits si s'han fet arbitràriament o s'han fet violant les normes internes i internacionals, però aquestes no poden ser considerades per elles mateixes *com un fet generador d'un flux de refugiats*⁸. L'expulsió col·lectiva de persones, o massiva, segons les seves dimensions no està prevista expressament en el dret convencional universal, per la qual cosa, els arguments per qualificar-la de fet il·lícit parteixen sovint del dret internacional general.

Per exemple, alguns autors, com Wladyslaw Czaplinski i Pavel Sturma han considerat que existeix una norma consuetudinària de dret internacional humanitari que prohibeix la provocació de fluxos de refugiats en cas de conflicte armat⁹; d'altres, com Jack Garvey han anat més lluny, i consideren que les expulsions *massives* de persones que després esdevenen refugiats en països estrangers són casos evidents de violació de principis fonamentals de dret internacional per part de l'estat que realitza l'expulsió, concretament, aquell segons el qual cada estat està obligat a respectar la integritat territorial dels altres estats¹⁰.

Aquesta darrera posició també es referma en resolucions de l'Assemblea general de Nacions Unides i del Consell de Seguretat, que posen de manifest que els impactes socioeconòmics i polítics dels fluxos de refugiats i de les expulsions forçoses són *incompatibles* amb el principi de les relacions pacífiques i de cooperació entre estats. És a dir que, les expulsions massives violarien en alguna forma el principi de sobirania territorial per la càrrega que suposa per als altres estats rebre un gran nombre de persones que, sovint, no poden simplement ser refusades.

Com ho expressa Luke T. Lee, si partim d'una de les normes bàsiques del dret internacional com és que cada estat té el *dret* d'exercir la seva jurisdicció en el seu territori i les persones i les coses que hi són dins, el *deure* que s'hi correspon és el d'evitar interferir en l'exercici de la jurisdicció dels altres estats en els seus respectius territoris. És a dir que, en l'exercici de la pròpia jurisdicció, hom ha d'abstenir-se de fer actes que perjudiquin les persones o les propietats d'altri, que es trobin en el territori d'altres estats¹¹. Aquest raonament va ser recollit per la *International Law Association*

d'origen Asamblea General, *Aprobación de los Documentos Finales y del Informe de la Conferencia*, Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Viena 14 a 25 de juny de 1993, (A/CONF.157/DC/1/Add.1), 24 de juny de 1993, pàg. 10.

⁸ Wladyslaw Czaplinski, i Pavel Sturma, "La responsabilité des états pour les flux des réfugiés provoqués par eux", *loc. cit.*, pàg. 158.

⁹ *Ibidem*, pàgs 161-162.

¹⁰ Jack I. Garvey, "Toward a Reformulation of International Refugee Law", *loc. cit.*, pàgs. 483-484.

¹¹ Luke T. Lee, "The Right to Compensation: Refugees and Countries of Asylum", *AJIL*, vol. 80, núm. 3, 1986, pàg. 553.

l'any 1990 en el principi 9 del *Projecte de Declaració sobre Principis de Dret Internacional sobre compensació als refugiats i estats d'asil*, segons el qual:

*La imposició de la càrrega del refugiat a un estat sense el seu consentiment és una violació de la seva sobirania territorial, incloent-hi el seu dret d'exercir jurisdicció sobre el seu propi territori i sobre totes les persones i coses dins d'ell. Això afecta les normes bàsiques que regeixen els drets i deures dels estats*¹².

Segons el comentari fet pel mateix Luke T. Lee d'aquest principi, inclòs en l'Informe del Comitè sobre l'estatut jurídic dels refugiats de l'Associació, un *resultat immediat i directe* de l'expulsió massiva o persecució dels nacionals és forçar-los a anar parar a territoris d'altres estats sense tenir en compte el parer d'aquests darrers¹³.

111. Als efectes de tenir per il·lícites les expulsions forçoses, en principi, poc importa que els fets hagin causat directament o indirecta els desplaçaments. Una expulsió massiva de persones pot estar causada per una *coerció física directa*, però també per una *coerció indirecta*, si, per exemple, s'han creat deliberadament unes condicions que *comporten una violació tal de drets humans que no deixen a la població cap altra opció que marxar dels seus llocs d'origen*¹⁴.

El *Projecte de Declaració sobre Principis de Dret Internacional sobre compensació als refugiats* de la *International Law Association*, fet el 1992, estableix també que, quan els refugiats són forçats *directa o indirectament* a marxar de les seves llars són privats del gaudi ple i efectiu dels articles de la Declaració Universal de drets humans que pressuposen la possibilitat de triar el propi lloc de residència, i que, per això, l'estat que converteix una persona en un refugiat comet un acte internacionalment il·lícit del qual n'és responsable¹⁵.

En aquest mateix sentit, Guy Goodwin-Gill ha considerat que, de fet, res o gairebé res no diferencia l'expulsió forçosa en circumstàncies brutals i l'allunyament *voluntari*, quan aquest és promogut per lleis que declaren il·legal la residència continuada, encoratjat per amenaces en cas de mantenir-se en el territori, o quan efectivament es produeixi una expulsió *de facto* de nacionals o estrangers¹⁶.

De tota manera, en els casos d'expulsió directa, exili involuntari o desterrament de persones nacionals o establertes en un país, és a dir, refugiats creats intencionadament

¹² ILA, International Committee on the Legal Status of Refugees, "Draft Declaration of Principles of International Law on Compensation to Refugees and Countries of Asylum", Principi 9, *Report of the Sixty-Fourth Conference. Broadbeach, Queensland. Australia*, 1990 (1991), pàg. 348.

¹³ *Ibidem*, pàg. 349.

¹⁴ Luke T. Lee, "The Right to Compensation: Refugees and Countries of Asylum", *loc. cit.*, npp 59, pàg. 543.

¹⁵ ILA, International Committee on the Legal Status of Refugees, "Draft Declaration of Principles of International Law on Compensation to Refugees", Principis 1 i 2, *Report of the Sixty-Fifth Conference. Cairo. Egypt*, 1992 (1993), pàgs. 426-441.

¹⁶ Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons Between States*, Oxford: Oxford University Press-Clarendon Press, 1978, pàg. 218.

pels governs d'aquests estats, la qualificació com a violació de dret internacional pot arribar a ser més senzilla. Com Dinah Shelton ha assenyalat, per tal d'excloure la il·licitud de les mesures adoptades, l'estat hauria de demostrar (1) que l'expulsió es basa en motius permesos pel dret internacional i que és una mesura proporcionada; (2) que hi ha una base jurídica de l'acció en el dret nacional vigent; (3) que no és una mesura discriminatòria per causa de raça, sexe, llengua, religió o altre; (4) que la mesura s'acompanya de totes les garanties procedimentals del procés adequat i imparcial; i (5) que la mesura no convertirà la persona en apàtrida¹⁷.

112. Des d'un punt de vista més general, es pot considerar que el conjunt de normes establertes pel dret internacional permeten concloure que els estats estan obligats per un *principi general a no crear fluxos de refugiats i a cooperar amb els altres estats en la resolució d'aquest tipus de problemes quan sorgeixin*¹⁸. Els estats tenen el deure respecte de la comunitat internacional de donar als seus nacionals un cert *estàndard de tractament* pel que fa a drets humans i han de tenir cura dels seus afers interns per tal de no perjudicar els interessos legítims dels altres estats. Tenen, en definitiva, una certa *obligació de prevenció* dels fluxos de demandants d'asil¹⁹.

Alguns autors han considerat que, independentment de l'existència d'una violació actual i en termes estrictes d'una obligació de dret internacional, és possible inferir la responsabilitat de l'estat que genera els fluxos pels danys que aquests comporten. Per exemple, Wladyslaw Czapinski i Pavel Sturma parteixen de la responsabilitat sense il·lícit, i consideren aquesta possibilitat una tècnica jurídica flexible i pragmàtica per alleugerir els danys que es causen. Segons ells, en principi, les conseqüències d'aquesta responsabilitat *objectiva* haurien de ser precisades en un acord negociat entre les parts per a aquesta finalitat²⁰.

De tota manera, com ha apuntat recentment Vera Gowlland-Debbas, diversos elements fan molt difícil construir una responsabilitat *directa* del país d'origen vers el país d'acollida, tant amb concurrència de fet il·lícit com sense ell. D'una banda, la responsabilitat internacional per fet il·lícit causant d'un dany, per exemple, la violació de la integritat territorial, seria evident si es pogués demostrar algun tipus d'intencionalitat i el direccionament dels fluxos²¹, però això resulta difícil per l'element d'opció individual

¹⁷ Dinah Shelton, "The 'Bitter Bread Of Banishment' Involuntary Exile As A Violation Of International Law", Pablo Fernández Sánchez (ed.), *La Revitalización de la protección de los Refugiados (V Jornadas Internacionales de derecho internacional humanitario)*, Huelva: Universidad de Huelva, 2002, pàg. 165.

¹⁸ Guy S. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law*, 2ª ed., Oxford: Clarendon Press, 1996, pàg. vi.

¹⁹ *Ibidem*, pàgs. vi-vii.

²⁰ Wladyslaw Czapinski, i Pavel Sturma, "La responsabilité des états pour les flux des réfugiés provoqués par eux", *loc. cit.*, pàg. 168.

²¹ De fet, aquesta és la idea que es desenvolupa en algunes disposicions de la *Cuban Liberty and Democratic Solidarity (Libertad) Act* de 1996, coneguda per llei Helms-Burton, quan es diu a la Sec. 5, Títol I, Sec. 101, que (4): *in view of the threat to the national security posed by the operation of any*

que en tot cas resta en els individus parts dels moviments de població. Per un altre costat, basar la responsabilitat únicament en el dany causat, inspirar-se en la teoria de l'abús de drets, o bé inspirar-se en el marc de la responsabilitat per risc pels danys provenint d'activitats perilloses o *liability*, o fins i tot partir del deure de precaució, serien opcions difícils de defensar tenint en compte els desenvolupaments recents del dret internacional que cerca desmarcar-se del model clàssic de la responsabilitat interestatal i la pràctica dels estats²².

b. Conseqüències de l'il·lícit internacional. La qualitat de víctima

113. Les víctimes de fets internacionalment il·lícits que comporten refugiats són de dos tipus, per una banda hi són els mateixos refugiats, i per l'altra, els estats d'asil. Alguns autors han defensat que les conseqüències de la responsabilitat internacional que consisteixen en un dret de reparació o compensació es projectin tant sobre els uns com sobre els altres²³, en tant que tots dos són igualment *víctimes* d'una violació de dret internacional per part d'un estat²⁴. També l'any 1990, la *International Law Association* feia derivar del principi segons el qual qualsevol acte internacionalment il·lícit d'un estat comporta la responsabilitat internacional d'aquest, un dret de compensació tant dels refugiats com dels estats d'asil²⁵. De tota manera, les dificultats de concretar la responsabilitat internacional i les conseqüències d'aquesta respecte dels estats d'asil van fer que, dos anys després, la mateixa Associació decidís separar el tractament de la compensació dels dos tipus de víctimes, donant prioritat a la compensació dels refugiats i disposant tractar la compensació dels estats d'asil més endavant²⁶.

nuclear facility, and the Castro government's continuing blackmail to unleash another wave of Cuban refugees fleeing from Castro's oppression, most of whom find their way to United States shores, further depleting limited humanitarian and other resources of the United States, the president should do all in his power to make it clear to the Cuban Government that.... (A) the competition and operation of any nuclear power facility, or (B) any further political manipulation of the desire of Cubans to escape that results in mass migration to the United States, will be considered an act of aggression which will be met with an appropriate response in order to maintain the security of the national borders of the United States and the health and safety of the American people. ILM, vol. 35, 1996, pàg. 362.

²² Vera Gowlland-Debbas, "La responsabilité internationale de l'état d'origine pour des flux de réfugiés", Société Française pour le Droit International, *Colloque de Caen. Droit d'asile et des réfugiés*, Paris: Éditions A. Pédone, 1997, pàgs. 117-121.

²³ La necessitat de preveure la compensació dels refugiats, des del punt de vista de l'interès privat ja va ser posada en relleu en els anys seixanta per Tadeusz B. Spitzer, "International Law and refugees", *Revue Hellenique de Droit International*, vol. 14, núms. 1-4, 1961, pàgs. 92-120.

²⁴ Luke T. Lee, "The Right to Compensation: Refugees and Countries of Asylum", *loc. cit.*, pàg. 536.

²⁵ ILA, International Committee on the Legal Status of Refugees, "Draft Declaration of Principles of International Law on Compensation to Refugees and Countries of Asylum", Principi 2, *Report of the Sixty-Fourth Conference. Broadbeach, Queensland. Australia*, 1990 (1991), pàg. 334.

²⁶ ILA, International Committee on the Legal Status of Refugees, "Report of the Committee" fet per Luke T. Lee, paragraph 3, *Report of the Sixty-Fifth Conference. Cairo. Egypt*, 1992 (1993), pàg. 425.

Quant a les conseqüències de la responsabilitat de l'estat d'origen per la creació de refugiats, la *International Law Association*, recollint els principis generals en matèria de responsabilitat dels estats, va establir en el principi 5 del *Projecte de Declaració sobre Principis de Dret Internacional sobre compensació als refugiats* de 1992, que l'estat responsable ha de ser requerit per que (a) cessi en els actes generadors; (b) apliqui els recursos que es prevegin en el dret intern; (c) restauri la situació que existia amb anterioritat als seus actes; (d) pagui una compensació en cas d'impossibilitat de restauració de la situació preexistent; i (e) proporcioni garanties adequades contra la repetició dels actes ²⁷. D'altra banda, l'estat estaria obligat a compensar els seus propis nacionals obligats a deixar les seves llars, en la mateixa mesura que ha de compensar els estrangers segons el dret internacional²⁸.

En el comentari d'aquest principi, s'aclareix que el dret de compensació dels refugiats, d'acord amb els principis generals de la responsabilitat dels estats per actes il·lícits, s'estén més enllà de la compensació per la pèrdua de propietats, i inclou altres pèrdues o danys, com els greuges físics, la privació de llibertat, la pèrdua de la nacionalitat, la deportació, o les pèrdues d'ingressos. Així, després del conflicte del Golf Pèrsic de 1991, la Comissió de compensació de les Nacions Unides, establerta seguint la Resolució 687 del Consell de Seguretat de 3 d'abril de 1991, va adoptar uns "Criteris per als processos accelerats de demandes urgents", on es deia que la compensació estava disponible en cas de mort o dany personal, pèrdues d'ingressos, pèrdues d'habitatge o béns mobles, despeses mèdiques, costos de la fugida, *de resultes de la invasió il·legítima de Iraq i ocupació de Kuwait*. I s'establí fins i tot el pagament de quantitats fixes per fugida, dany i mort²⁹.

114. Tot i que les propostes de Declaració de principis de la *International Law Association* reflecteixen en forma de principis generals algunes manifestacions de la pràctica internacional en casos concrets, el marc actual de la responsabilitat internacional no permet afirmar que es reconeix efectivament i de forma general el dret d'obtenir reparació dels refugiats per la responsabilitat dels estats d'origen en tots els casos. En el marc actual de la responsabilitat dels estats, la manca d'acceptació de la subjectivitat jurídica internacional plena dels individus fa que l'actualització de la responsabilitat en cas de fets internacionalment il·lícits, únicament pugui fer-se efectiva per estats *no lesionats* que invoquin la responsabilitat d'un altre estat per la violació d'obligacions que existeixen respecte de *la comunitat internacional en el seu conjunt*. En aquest cas, però, únicament poden obtenir-se per aquesta via la *cessació del fet internacionalment il·lícit, seguretats i garanties de no repetició*, i el compliment de la

²⁷ ILA, International Committee on the Legal Status of Refugees, "Draft Declaration of Principles of International Law on Compensation to Refugees", Principi 5, *Report of the Sixty-Fifth Conference. Cairo. Egypt*, 1992 (1993), pàgs. 431 i 432.

²⁸ *Ibidem*, Principi 4, pàg. 429.

²⁹ *Ibidem*, pàgs. 430 i 437.

obligació de reparació, *en interès de l'estat lesionat o dels beneficiaris de la obligació violada*³⁰.

La redacció d'aquest precepte és ambigua pel que fa a si els beneficiaris de la obligació que poden ser satisfets per la via de la reparació poden ser entitats diferents dels estats. En tot cas, del to general de la Resolució 56/83 de l'Assemblea General de les Nacions Unides, i tenint en compte els elements en que tradicionalment s'ha basat la responsabilitat internacional dels estats, com que només el dany patit per un estat és *rellevant* des del punt de vista de l'obligació de reparació³¹, resulta difícil defensar que aquesta via és una forma adequada per que els refugiats puguin ser rescabats directament pels perjudicis soferts, de forma general. Únicament en casos de migracions realment massives, en què els perjudicis són greus també per a estats tercers, llavors, sota el paraigua de l'acció col·lectiva sembla que seria possible inscriure-hi l'exercici del dret de ser rescabats pels danys soferts per part de les persones que formen part dels fluxos forçosos. Des de la perspectiva que les normes que prohibeixen les mesures d'expulsió són en gran mesura normes de dret internacional general, si la violació fos qualificada de *greu* (incompliment *flagrant* o *sistemàtic*), aquesta tindria com a conseqüència addicional que els estats haurien de *cooperar per tal posar-hi fi, per mitjans lícits*³².

2. La responsabilitat individualitzada dels estats d'asil. El tancament de les fronteres com una qüestió d'abús de drets

115. L'asil, en tant que protecció en lloc segur que es confereix a una persona estrangera en situació de desemparament o perseguida, depèn de l'accés de l'individu al territori de l'estat d'asil. La presència física en llocs sotmesos a la jurisdicció d'un estat estranger és suficient per qualificar una situació com una situació de protecció o asil *de fet* respecte d'un demandant d'asil. Per aquest motiu, en primer lloc, cal diferenciar la simple presència física de demandants d'asil sota la jurisdicció d'un país estranger, de la situació en que es troben aquells respecte de qui ja hi ha hagut un reconeixement jurídic d'aquesta estada o que han estat *admesos*. En aquest darrer cas, l'aval jurídic atorgat per les autoritats estatals configura una situació *de dret* a l'empara de tota la maquinària jurídica estatal. En el primer cas, però, no és possible considerar que l'estat o estats que

³⁰ Article 48 de la resolució aprovada per l'Assamblea General de les Nacions Unides, *Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, A/RES/56/83, de 28 de gener de 2002.

³¹ Manuel Pérez González, "La responsabilidad internacional (II)", Capítol XXXIV en Manuel Díez de Velasco, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 15ª ed., Madrid: Tecnos, 2005, pàg. 823.

³² Articles 40 i 41 de la resolució aprovada per l'Assamblea General de les Nacions Unides, *Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, A/RES/56/83, de 28 de gener de 2002.

es troben en disposició de fer-ho, estan legitimats per no reconèixer i garantir un mínim de drets a les persones que de la forma que sigui són, *de fet*, sota la seva jurisdicció.

Aquesta distinció habitualment desapareix sota la idea generalment admesa que el control de l'*entrada* en el territori d'un estat és una qüestió que pertany a l'àmbit de sobirania estatal, i que les potestats de l'estat en aquest àmbit han d'exercir-se de forma compatible amb les normes internacionals de protecció dels drets humans. Dins de la noció d'*entrada* en el territori, la distinció entre la simple *presència* dels demandants d'asil sota la jurisdicció d'un estat, com a situació *de fet* amb conseqüències jurídiques, i l'*admissió* en el territori com a situació *de dret*, permet establir que, només en aquest darrer cas, el poder sobirà de l'estat de decidir sobre aquesta situació tindrà un cert caràcter discrecional, sempre dins dels límits dels instruments internacionals i les normes i principis generals.

Les qüestions de l'abast de la jurisdicció de l'estat i de l'*admissió en el territori* dels demandants d'asil és objecte de tractament específic en altres parts d'aquest treball. No obstant això, la indeterminació del règim internacional sobre entrada i sortida d'estrangers, i el fet que les normes que conformen aquest regim tinguin un abast personal i substantiu discutit, fa oportú plantejar si en aquest àmbit poden considerar-se d'aplicació elements de la doctrina de l'*abús de drets* com a límits a la suposada llibertat dels estats.

a. Abús de drets i dret internacional

116. Tot i que no hi ha acord en la doctrina sobre si efectivament aquesta noció coneguda i desenvolupada en alguns ordenaments interns³³ ha estat rebuda en el dret internacional públic³⁴, a voltes, la doctrina internacionalista ha utilitzat aquesta noció

³³ Aquesta noció ha estat assumida i desenvolupada en alguns ordenaments interns d'estats amb sistemes jurídics de *civil law* (en sistemes de *common law* la funció de l'abús de drets la compliria la tècnica del *distinguishing*) i en ordenaments interns d'organitzacions internacionals com en el cas de les Comunitats europees. Tot i que l'abús de drets no es preveu expressament en els tractats constitutius, com sí és el cas de la *desviació de poder* (com a causa de nul·litat d'actes de dret comunitari), la jurisprudència del Tribunal de justícia de les Comunitats europees ha anat perfilant la noció d'*ús abusiu d'un dret* o llibertat contingut en una norma de dret comunitari com aquell que ultrapassa la finalitat de la regla. Amb tot, no es pot dir que la regla del no abús de drets hagi estat consagrada pel TJCE com a principi general de l'ordenament jurídic comunitari, tot i que per part de la doctrina es contempli com a desitjable. Vassilios Karayannis, "L'abus de droits découlant de l'ordre juridique communautaire à propos de l'arrêt C-367/96 Alexandros Kefalas E.A./Elliniko Dimoso (État hellénique)", *CDE*, núms. 5-6, 1999, pàgs. 527-533; L. Neville Brown, "Is there a General Principle of Abuse of Rights in European Community Law?", Deirdre Curtin & Ton Heukels (eds.), *Institutional Dynamics of European Integration. Essays in Honour of Henry Schermers*, vol. II, Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1994, pàgs. 516-522; Dimitris Triantafyllou, "L'interdiction des abus de droit en tant que principe général du droit communautaire", *CDE*, núms. 5-6, 2002, pàgs. 611-632.

³⁴ Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons Between States*, *op. cit.*, pàg. 209; Manuel Pérez González, "La responsabilidad internacional (I): El hecho internacionalmente ilícito", Capítol XXXIII en Manuel Díez de Velasco Vallejo, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, *op. cit.*, pàg. 810.

per justificar la il·licitud de l'acció dels estats en determinats supòsits³⁵, i institucions internacionals, s'han referit a la possibilitat d'*abusar* dels drets i llibertats del Conveni europeu de drets humans quan han interpretat els seus articles³⁶.

Des de la teoria del Dret, autors que han estudiat recentment aquesta figura jurídica han arribat a posicions força contradictòries. Alguns fins i tot han negat que pugui parlar-se d'*abús de dret* en sentit estricte, partint de la idea que, el Dret, més enllà d'un simple conjunt de normes, establiria *una proporció justa en una relació social*³⁷. D'altres, per contra, consideren la figura de l'abús de dret com un *mecanisme d'autocorrecció del Dret*³⁸, el qual està integrat per principis en sentit estricte (que incorporen *valors últims*), directrius (que incorporen *valors utilitaris*, que es ponderen en funció de criteris d'eficiència i no de correcció) i regles.

Els abusos de dret serien supòsits de *llacuna axiològica en el nivell de les regles*³⁹, on hi hauria *raons de principi* que farien que una conducta que *prima facie* semblava permesa per una regla, sigui il·lícita i estigui prohibida pel caràcter injustificat del dany que produeix. La magnitud del dany determinaria que la conducta quedés fora de l'abast dels principis que justificaven la regla permissiva. El dany *directe* pot ser injustificat perquè l'acció pretenia causar-lo o bé es va realitzar *sense cap finalitat seriosa i legítima discernible* o pel fet de ser un dany *excessiu o anormal*⁴⁰.

117. D'acord amb aquesta definició teòrica, també en dret internacional públic es pot parlar de l'existència de situacions d'abús de dret, si es considera que la sobirania s'exerceix a través de drets dels estats, i si es produeix un dany *excessiu, anormal*, o si

³⁵ Per exemple, ha estat considerat que el refús arbitrari d'ajut humanitari per part d'un estat pot ser considerat un *abús de dret* i, pot ser insuficient per impedir l'actuació de Nacions Unides. Julie Mertus, "The State and the Post-Cold War Refugee Regime: New Models, New Questions", *loc. cit.*, pàg. 68.

³⁶ L'article 17 del Conveni europeu de Drets humans evoca la idea de la prohibició d'abús de dels drets i llibertats del Conveni. La Comissió europea en interpretar el sentit d'aquesta disposició va considerar el l'afer *Lawless* que (l)'article 17 n'ôte en aucune façon la garantie générale des droits et libertés assurés par la convention à ceux qui tentent de détruire ces droits et libertés. Il rend simplement impossible de fait que ces personnes, qui visent un tel résultat, puissent tirer de la Convention un droit leur permettant de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte tendant à la destruction des droits et libertés reconnus dans la convention. Cela signifie que personne, par exemple, ne peut invoquer le droit à la liberté d'opinion, à la liberté de la presse, à la liberté de réunion ou d'association, s'il veut abuser de ces droits pour détruire l'ordre d'une démocratie libre, telle que la protège la Convention. Pierre Le Mire, "Article 17", Louis-Edmond Pettiti, Emmanuel Decaux, Pierre-Henri Imbert (eds.), *La Convention européenne des Droits de l'Homme. Commentaire article par article*, Paris: Economica, 1995, pàg. 514.

³⁷ Juan Antonio Martínez Muñoz, *¿Abuso del derecho?*, Madrid: Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho. Universidad Complutense Madrid, 1998, pàg. 252 (sobre la idea que l'abús de dret no s'aplica en el dret internacional, pàgs. 120-122).

³⁸ Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero, *Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*, Madrid: Trotta, 2000, pàg. 59.

³⁹ En el sentit de Carlos E. Alchourrón, Eugenio Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, 1ª reimpr., Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1987, pàgs. 145-167.

⁴⁰ Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero, *Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*, *op. cit.*, pàgs. 33-66.

aquest és producte d'una acció que no té cap finalitat *legítima*. Un dany directe respecte d'altres estats o, fins i tot, en l'estadi actual d'evolució del dret internacional, respecte de persones. De tota manera, com ja ha estat assenyalat, en cas de reconèixer-se la seva aplicabilitat en el Dret internacional públic, *la doctrina de l'abús de drets ha de tenir en aquest ordre un caràcter autònom el contingut del qual vindrà determinat pels elements comuns que s'apreciïn en els ordenaments interns i que es trobin en consonància amb l'estructura pròpia del dret internacional*⁴¹.

Alguns autors consideren que és una noció aplicable als drets-potestats⁴² que els estats tenen en virtut del dret internacional, i han destacat la utilitat de tenir-la en compte en els àmbits en què aquests drets no han estat delimitats per reglamentacions convencionals o consuetudinàries específiques⁴³. Així, en l'àmbit del dret d'asil, l'abús de drets seria útil, per exemple, en aquelles situacions en que no es tingui per aplicable la regla del *non refoulement* segons el seu abast convencional o consuetudinari.

La norma del *non-refoulement* delimita la potestat dels estats relativa a l'accés, permanència i sortida del territori de persones estrangeres i, per això mateix, exclouria l'aplicació de la doctrina de l'abús de drets en els casos en que s'apliqui. En general, l'aplicació de d'aquesta regla s'ha desenvolupat més en els casos d'allunyament del territori i menys en els casos d'admissió i, per això mateix, resulta adient considerar si la doctrina de l'abús de drets pot contribuir a definir els límits de la potestat dels estats quant a l'entrada en el territori dels demandants d'asil.

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

118. D'acord amb la doctrina, en dret internacional públic s'esdevindria un abús de drets, primerament, *quan un estat es val del seu dret de forma arbitrària de tal manera que causa un greuge en un altre estat que no pot ser justificat per consideracions legítimes relatives al seu propi profit*⁴⁴. En la noció d'abús de drets així entesa destaca la importància de l'element intencional, de forma que és en el principi de

⁴¹ Oriol Casanovas i La Rosa, "Abuso de derecho, desviación de poder y responsabilidad internacional. Notas sobre la acusación de abuso de derecho y desviación de poder en el asunto de la 'Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited' (Bélgica c. España)", *REDI*, núm. 1, vol. XXIII, 1970, pàg. 474.

⁴² Segons una terminologia que distingeix *dret* i *potestats* en funció de les obligacions correlatives dels primers, caldria qualificar els drets dels estats de *potestats*. Per a una classificació conceptual, Wesley N. Hofeld, *Conceptos jurídicos fundamentales* (trad. Genaro R. Carrió de la publicació original anglesa de 1913), 2ª ed., Buenos Aires: Centro Editor de América Latina-Fontamara, 1992, pàgs.46-67.

⁴³ Nicolas-Socrate Politis, "Le problème des limitations de la souveraineté", *R. des C.*, Tom 6, 1925-I, pàg. 109; Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons Between States*, *op. cit.*, pàg. 209.

⁴⁴ Robert Jennings, Arthur Watts (eds.), *Oppenheim's International Law*, vol. I, 9ª ed., Essex: Longman, 1992, pàg. 407.

bona fe on es troba el fonament més sòlid d'aquesta doctrina en l'ordenament internacional⁴⁵. El principi de bona fe té una funció particular en dret internacional públic com a *límit a la discrecionalitat dels estats sobirans en l'exercici de les seves competències i per corregir els possibles abusos dels estats en l'apreciació de l'abast dels seus drets i obligacions jurídiques i, per tant, en l'aplicació de les normes jurídiques internacionals*⁴⁶.

Des de postulats similars, la doctrina internacionalista va considerar l'aplicabilitat de la doctrina de l'abús de drets en els àmbits d'expulsió o allunyament forçós de persones d'un territori, especialment, quan es tractava d'expulsions col·lectives o allunyaments massius forçosos d'estrangers, en la mesura que comportaven danys en altres estats. L'examen d'un cert nombre de casos va conduir a Nicolas-Socrate Politis en els anys 20 del segle passat a concloure que si bé el terme *abús* no s'utilitzava de forma corrent, altres nocions com acte arbitrari, motius insuficients, excés de poder o *falta* expressaven el mateix concepte. Per a ser lícit, l'ús de la llibertat d'expulsió havia d'obeir a motius seriosos, respondre a una veritable necessitat i excloure qualsevol rigor inútil⁴⁷.

La doctrina ha destacat d'ençà força temps que, abans que es desenvolupés en el dret internacional contemporani la protecció i garantia dels drets humans, la doctrina de l'abús de drets va ser utilitzada, en relació amb el dret consuetudinari, per tal de tenir per il·legal la conducta dels estats d'origen de refugiats i, per tant, en cas de conductes relatives al tractament fins i tot dels propis subjectes⁴⁸.

119. La doctrina de l'abús de drets ha estat represa a finals dels anys vuitanta per tal de fer-ne derivar la responsabilitat dels estats causats dels fluxos de demandants d'asil respecte dels estats d'acollida. Per exemple, Rainer Hofmann parteix d'un principi derivat de la noció d'*abús de drets*, el principi *sic utere tuo ut alienum non laedas*, i considera que, si bé no hi ha un fonament consuetudinari que permeti fer-ne derivar autònomament una obligació dels estats de no provocar fluxos de refugiats, combinant-lo amb un altre dret específic dels estats com la sobirania territorial, la vida o la

⁴⁵ Oriol Casanovas i La Rosa, "Abuso de derecho, desviación de poder y responsabilidad internacional", *loc. cit.*, pàgs. 476-477. En aquest treball es destaca que, l'especial connexió del principi de bona fe amb l'abús de dret, exigeix que *cuando se invoque éste como agravio se le conceda una particular intensidad. En estos casos el principio de buena fe no puede limitarse únicamente a servir de fundamento a la prohibición de abuso de derecho, sino que tiene que desplegar todos sus efectos sobre el conjunto de la situación debatida* (pàg. 478).

⁴⁶ Juan Antonio Carrillo Salcedo, *Curso de Derecho Internacional Público*, Madrid: Tecnos, 1991, pàg. 142. Aquest mateix autor en el llibre que duu per títol *Soberanía del estado y Derecho Internacional*, 2ª ed., Madrid: Tecnos, 1976, considera el principi de bona fe com un criteri corrector d'apreciacions *forzosamente subjetivas de los Estados soberanos que queda condicionado por el relativismo del derecho internacional, y que representa algo más que una máxima de buen sentido, pues hay un nivel de evidencia que los Estados no pueden sobrepasar sin faltar al principio de la buena fe* (pàgs. 197-200).

⁴⁷ Nicolas-Socrate Politis, "Le problème des limitations de la souveraineté", *loc. cit.*, pàgs. 103-107.

⁴⁸ Yewdall Jennings, "Some International Law Aspects of the Refugee Question", *BYBIL*, vol. 30, 1939, pàg. 112.

propietat dels seus nacionals, sí que es pot defensar que les polítiques generadores de refugiats constitueixen violacions del dret dels estats a la sobirania territorial. Violació que, d'altra banda, estaria *qualificada* pel fet que les estructures socioeconòmiques de la majoria d'estats d'asil es ressentirien pel flux massiu i sobtat de demandants d'asil⁴⁹.

També evocant la doctrina de l'*abús de drets*, Payam Akhavan i Morten Bergsmo consideren que la responsabilitat dels estats d'origen dels refugiats depèn sempre de quines siguin les causes dels fluxos, i que no podria establir-se en cas de desastres naturals, quan intervinguin factors socioeconòmics o quan les causes siguin de caràcter polític extern, com en cas d'actes d'agressió, dominació o intervencions armades estrangeres i ocupació. Així, únicament es podria dir que l'estat és responsable dels fluxos quan *persegueix la població en general o segments d'aquesta per raons de raça, religió, nacionalitat, pertinença a un grup social particular o opinió política*, podent estar basada la determinació d'aquesta persecució en *culpa lata o mala fides*⁵⁰.

Contràriament a aquestes posicions, una part de la doctrina ha considerat que, si l'aplicabilitat de l'*abús de drets* es situa en el context de les relacions jurídiques entre estats, l'exercici *abusiu* d'un dret per part d'un estat constituïria, en definitiva, la violació d'una obligació internacional i deixaria de poder considerar-se des del punt de vista de l'exercici d'un *dret-potestat*⁵¹.

Per tot això, no obstant no pot afirmar-se de forma concloent que la doctrina de l'*abús de drets* existeixi com a principi general de dret positiu, com afirma Goodwin-Gill, *el concepte d'abús de drets resta útil en fixar-se en les intencions que motiven l'expulsió i en la manera com s'executa*⁵².

Des d'una aproximació similar, Ian Brownlie, considera la doctrina de l'*abús de drets* com a un *useful agent* en el desenvolupament progressiu del dret, tot i que no creu que formi part del dret positiu ni que pugui ser fàcilment reconeguda i, per això, per a

⁴⁹ Rainer Hofmann, "Refugee-Generating Policies and the Law of State Responsibility", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 45, 1985, pàgs. 707-708.

⁵⁰ Payam Akhavan, Morten Bergsmo, "The Application of the Doctrine of State Responsibility to Refugee Creating States", *Nordic Journal of International Law-Acta Scandinavica Juris Gentium*, vol. 58, 1989, pàgs. 252-253.

⁵¹ Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons Between States*, *op. cit.*, pàg. 212. Per un altre costat, s'ha afirmat que en les relacions entre estats, la doctrina de l'*abús de drets* s'adreça a assegurar un equilibri entre el dret de l'estat de fer lliurement allò que pot fer, i el dret dels altres estats a gaudir d'una llibertat d'acció similar sense interferències perjudicials que s'originin fora de les seves fronteres. Robert Jennings, Arthur Watts (eds.), *Oppenheim's International Law*, vol. I, *op. cit.*, pàg. 408. No obstant, com posa en relleu Pérez González, en aquest cas no s'estaria abusant d'uns drets propis, sinó vulnerant l'obligació de no interferència basada en la màxima *sic utere tuo ut alienum non laedas* (Manuel Pérez González, "La responsabilidad internacional (I): El hecho internacionalmente ilícito", *loc. cit.*, pàg. 810). En el Dret sobre el medi ambient ha estat considerat que aquesta regla tenia origen consuetudinari com a corol·lari de la norma consuetudinària més ampla de la bona voluntat; Felipe H. Paolillo, "Fuentes y evolución del Derecho internacional del medio ambiente", *CEBDI*, vol. II, 1998, pàgs. 368-374.

⁵² Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons Between States*, *op. cit.*, pàg. 212-218.

referir-se a les nocions per a les que resulta útil la figura de l'abús de drets utilitza el concepte del *incomplete privilege*⁵³.

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

120. Si bé seria possible considerar una aplicació de la doctrina de l'abús de drets en aquells casos en què s'afecti la llibertat o els drets d'altres estats sobirans en cas d'expulsió massiva de persones, traslladar aquesta doctrina als casos en què només s'afectin els drets de persones individualment, bé sigui pel fet de l'allunyament, bé per la clausura de les fronteres, resulta més problemàtic.

En la mesura que l'ordenament jurídic internacional no ha assumit l'individu com a subjecte ple de la comunitat que regula, resulta difícil aplicar la doctrina de l'abús de drets quan l'exercici de les potestats estatals lesionen drets de les persones, quan aquestes es troben en situació de manca de protecció per part de l'estat d'origen. Aquest és el cas dels apàtrides, de les persones originàries d'estats fallits o *failed states*, dels refugiats, i d'aquelles persones a qui es neguen drets humans bàsics en els llocs d'origen. En general, els estats que provoquen o que són responsables d'aquests tipus de situacions incorreran en violació d'obligacions internacionals de normes generals o convencionals per a la protecció dels drets dels éssers humans, però, els altres estats, els que neguen assistència o acollida a aquestes persones, s'empararan en l'exercici discrecional de sobirania, malgrat la universalitat dels drets humans bàsics.

De tota manera, acceptant que, en última instància, les dificultats per aplicar exclusivament la doctrina de l'abús de drets en aquests casos, fan que aquest argument sigui poc adequat per sostenir la protecció dels demandants d'asil, la perspectiva que ofereix la doctrina de l'abús de drets és útil per valorar l'actitud dels altres estats de la comunitat internacional, sobretot, en els casos en què d'una forma o altre aquests altres estats han entrat en connexió amb la situació creada.

En aquest sentit, l'exercici de les potestats relatives al control de la immigració o el trasllat de persones amb la intenció de lliurar demandants d'asil a situacions de persecució o tractaments inhumans o degradants, podria ser considerat un abús del *dret* de control dels estats respecte de la seva població⁵⁴. En aquest darrer cas, el *dany injustificat* que fonamenta la consideració de l'acció com a abús de drets, ho seria,

⁵³ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 4ª ed., Oxford: Clarendon Press, 1990, pàgs. 444-446 i 465-466.

⁵⁴ Kay Hailbronner, "Comments On: The right to Leave, the Right to Return and the Question of a Right to Remain", Vera Gowlland-Debbas (ed.), *The Problem of Refugees in the Light of Contemporary International Law Issues*, The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1996, pàg. 115 (109-118). Per a Kay Hailbronner la qüestió resideix en determinar si el principi de *non refoulement* implica obligacions per als estats més enllà del context limitat del refús en frontera, l'expulsió o la deportació, qüestió a la que ell respon negativament.

perquè l'estat només tenia com a finalitat causar aquest dany, necessàriament havia de causar-lo, o la seva conducta no tenia cap altre *finalitat seriosa i legítima discernible*⁵⁵.

121. L'acció dels estats difícilment podrà considerar-se de *mala fe* en el sentit que s'acaba de dir, i la finalitat que la justificarà, donat el cas, partirà de consideracions relatives a la pròpia seguretat que, en principi, són consideracions legítimes i, en abstracte, serioses. Més enllà d'això, però, el dany a les persones podria considerar-se també injustificat, quan aquest sigui un *dany excessiu o anormal*. El desemparament absolut de les persones que cerquen asil a les fronteres dels estats europeus podria ser considerat un *dany excessiu* i, per això, injustificat; i, per tant, determinades actituds dels estats per tal d'excloure l'accés dels demandants d'asil a zones sota la seva jurisdicció estarien fora de l'abast dels principis que justifiquen la regla que *prima facie* els permet fer això. Aquesta regla no és altre en dret internacional que l'exercici de sobirania, i els principis últims que la justifiquen giren entorn de les nocions d'autonomia, independència, autoconservació i igualtat. El dany injustificat als demandants d'asil quedaria fora de l'abast d'aquests principis.

A més, per un altre costat, fins i tot considerant que el factor intencional en l'abús de drets és ineludible, resulta com a mínim dubtós que puguin considerar-se de bona fe algunes de les actuacions dels estats en relació al flux de persones que cerquen arribar a les fronteres d'estats estrangers com a demandants d'asil. En concret i com a exemples, no sembla ajustada a bona fe l'actuació dels estats en els següents casos:

En primer lloc, en el cas d'intercepcions de vaixells en alta mar i reconducció d'aquests al lloc d'origen (o al darrer lloc d'origen conegut), per tal d'impedir l'arribada a les fronteres de les persones que hi viatgen. Excloent així la possibilitat que es situïn de forma efectiva o *físicament* sota la seva jurisdicció territorial, com a demandants d'asil, quan no es consideren aplicables obligacions internacionals com el *non refoulement*⁵⁶;

En segon lloc, quan les autoritats dels estats exclouen per mitjans de tècnica jurídica interna les conseqüències també jurídiques de situacions *de fet* com la presència efectiva de persones estrangeres en el territori dels estats o en zones sota la seva jurisdicció a les fronteres; i

En tercer lloc, en els casos d'allunyaments sumaris sense garanties de persones estrangeres que es creu que presentaran demandes d'asil. Com per exemple, el cas de les

⁵⁵ Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero, *Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*, op. cit., pàgs. 33-66.

⁵⁶ Com així va ocórrer en el cas dels refugiats haitians respecte dels Estats Units, on el Tribunal Suprem d'aquest estat va considerar que no s'aplicava ni el dret intern ni aquesta norma de dret internacional. *Infra* Capítol VII.B.3.b. §243. Respecte d'aquesta qüestió ha estat defensada la posició contrària per Kay Hailbronner, "Comments On: The right to Leave, the Right to Return and the Question of a Right to Remain", loc. cit., pàg. 115; en considerar que aquestes mesures, com també les sancions als transportistes o les restriccions en matèria de visats no han estat introduïdes per tal d'impedir que persones que s'enfronten al perill de la persecució política cerquin asil.

quatre-centes divuit persones procedents de Sierra Leone, Senegal, Afganistan i Pakistan passatgers del vaixell *Kalsit*, que haurien sortit de Turquia i arribat a Itàlia, fent escala a Grècia el juliol de 2000⁵⁷.

En definitiva, com afirma Goodwin-Gill, *ningú no dubta que els estats tenen, d'acord amb el dret internacional, un dret alhora d'excloure i d'expulsar els nacionals estrangers*; però, no obstant això, *(a)llò que pot ser discutit (...) és l'absolutesa d'aquests drets, la seva extensió, i les modalitats de la seva aplicació*⁵⁸. Així, quan el dret dels estats d'excloure persones estrangeres del seu territori es refereix a refugiats o demandants d'asil, aquest dret ha de ser definit en funció dels estàndards de protecció d'aquestes persones d'acord amb el dret internacional i els principis generalment acceptats relatius a la protecció dels drets humans.

També, dit d'una altra manera, i des de la perspectiva que és possible una ètica per a l'ordre mundial, en tant que la cooperació internacional per al desenvolupament no sigui prou efectiva, *resta el deure de cada estat d'obrir les seves fronteres el més amplament que sigui possible, sense cercar excuses o esperar que els altres ho facin*⁵⁹.

B. LA NOCIÓ DE SOLUCIÓ A LA QÜESTIÓ DELS REFUGIATS: RESPONSABILITAT DELS ESTATS I HUMANITARISME RETÒRIC

122. LA NOCIÓ DE SOLUCIÓ DES DE LA PERSPECTIVA DELS DRETS HUMANS. L'adopció d'una perspectiva que situa el Dret sobre l'asil i el refugi en el marc general de la protecció de drets humans tot abastant la protecció de persones que formen part de migracions col·lectives forçoses, té conseqüències sobre la concepció de la *solució* a aquestes problemàtiques. La noció de solució al problema dels refugiats varia en funció de quina idea de fons es tingui sobre el fonament de la fugida de persones dels seus països d'origen.

Per un costat, la despolitització progressiva de la percepció relativa als demandants d'asil ha estat acompanyada en general d'un augment de la consideració de la dimensió humanitària de la situació d'aquestes persones individus necessitades de protecció. Però per l'altra, més recentment, també s'ha tendit a cercar justificacions per reduir l'abast universal d'aquesta perspectiva.

Al marge de les estratègies d'evasió en el tractament del problema, normalment justificades deficientment a partir d'argumentacions relatives al principi d'autoconservació

⁵⁷ *La Vanguardia*, dilluns 31 de juliol de 2000, pàg. 22. Les qüestions que suscita aquest cas, no obstant, estarien presidides per la possible violació d'obligacions entre els estats implicats i l'aplicació del Conveni de Schengen del que són parts Itàlia i Grècia.

⁵⁸ Guy S. Goodwin-Gill, "International Law and the Influx of Aliens: Sanctuary and the Right to Exclude", *ASIL Proceedings of the 80th Annual Meeting*, 1986, pàg. 96.

⁵⁹ Certament que sempre es poden trobar excuses o raons per ajornar-ho, però cal que hi hagi elements reals de *suprema necessitat* que limitin la capacitat d'una nació per absorbir refugiats. Stanley Hoffmann, *Duties beyond Borders. On the Limits and Possibilities of Ethical International Politics*, Syracuse-New York: Syracuse University Press, 1981 (reimpressió de 1986), pàgs. 224-225.

de l'estat i de la sobirania, la protecció dels drets humans bàsics i la recerca de formules per tal de preservar aquesta garantia presideixen els intents d'abordar la problemàtica relativa al refugi i les migracions forçoses. La perspectiva humanitària i solidària domina els diferents aspectes definits per a la recerca de solucions, que giren entorn de quatre conceptes: en primer lloc, prevenció⁶⁰, que comporta ajut al desenvolupament com a element bàsic per a la garantia de drets econòmics, socials i polítics⁶¹ i el respecte de les minories⁶²; en segon lloc, reforç en la preparació d'ajuts d'emergència quan sorgeixen conflictes que immediatament desembocaran en la fugida massiva de persones; en tercer lloc, coherència en la resposta que es dona a les situacions de migració forçosa, que comporta cooperació internacional entre estats⁶³ i coordinació de les institucions internacionals amb competències sobre drets humans i refugiats⁶⁴; i, en quart lloc, reforç de l'acció col·lectiva per tal de preparar un entorn que faci viable el retorn de les persones al lloc d'origen⁶⁵.

El concepte de *solució* duu implícita la idea de la restauració dels drets dels individus en tots els nivells, en l'estat de la nacionalitat o fora d'ell, en un context presidit per la solidaritat internacional que actualment encara està per construir tot i que se n'identifiquin alguns trets⁶⁶. El problema dels refugiats, i encara més en cas de migracions forçoses

⁶⁰ Vojin Dimitrijevic, "Rapport du Groupe de discussion 1: Violations Structurelles ou massives des droits de l'homme: prévention et réponses", *Tous concernés. L'effectivité de la protection des droits de l'homme 50 ans après la Déclaration universelle. Colloque régional européen organisé par le Conseil de l'Europe en tant que contribution à la commémoration du 50^e anniversaire de la DUDH et à l'évaluation en 1998 de l'application de la déclaration et du Programme d'action de Vienne*, Estrasburg, 2-4 de setembre de 1998.

⁶¹ La identificació de la violació de drets humans com a causa de fenòmens de migració forçosa comporta que la recerca de solucions s'orienti cap a la preservació de drets en unes condicions que ho facin possible i, per tant, una millor planificació de l'ajut al desenvolupament. Sadruddin Aga Khan, *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. 27-37.

⁶² Aquest aspecte es posa especialment en relleu a una resolució de la Csdh (53 sessió), *Human rights and mass exoduses*, Resolució 1997/75 de 18 d'abril de 1997, E/CN.4/RES/1997/75, § 3.

⁶³ Csdh (54 sessió), *Human rights and mass exoduses*, Resolució 1998/49, 17 d'abril de 1998, E/CN.4/RES/1998/49, §3-4 i 9.

⁶⁴ La Comissió de drets humans ha insistit per a que tots els estats i les organitzacions internacionals cooperin amb els estats afectats per èxodes massius de refugiats i persones desplaçades, per a que les institucions internacionals i les organitzacions governamentals, intergovernamentals i no governamentals cooperin amb la pròpia Comissió, i també, per a que les institucions internacionals cooperin entre elles per tal d'incrementar els recursos i l'èxit de les operacions (sobretot l'Alta Comissaria de les Nacions unides per als drets humans i l'ACNUR). Csdh (53 sessió), *Human rights and mass exoduses*, Resolució 1997/75, de 18 d'abril de 1997, E/CN.4/RES/1997/75, § 6-10. També, Kerll Horst-Wolfrum, "New Dimensions of the Global Refugee Problem and the Need for a Comprehensive Human Rights and Development-Oriented Refugee Policy", *IJRL Special Issue*, 1990, pàgs. 237-251.

⁶⁵ Tasques d'ajut a la rehabilitació del sistema judicial, la creació de institucions nacionals capaces de garantir drets humans, la creació de programes d'educació en drets humans, l'ajut a organitzacions no governamentals locals i la prestació de serveis de consulta i cooperació tècnica. Csdh (53 sessió), *Human rights and mass exoduses*, Resolució 1997/75, de 18 d'abril de 1997, E/CN.4/RES/1997/75, §11.

⁶⁶ En aquest sentit Gervase Coles, *Facing the Problem of Mass Movement Today*, "Joint ILO-UNHCR Meeting On International Aid As A Means To Reduce The Need For Emigration", Ginebra, United Nations

massives, és un problema d'*abast i caràcter internacional*, on la responsabilitat última de protecció rau en la comunitat internacional⁶⁷. La *protecció* d'aquests col·lectius, tot i que comprèn diferents formes i aspectes no sempre ben definits, es refereix al respecte de drets fonamentals, essencialment, el dret a la vida, a la llibertat i a la seguretat, a través de l'exercici d'una funció protectora de substitució de la de l'estat d'origen⁶⁸.

123. EL MITE DE LA DIFERÈNCIA ENTRE CRISIS HUMANITÀRIES O LA REDUCCIÓ DE L'ABAST DE LA PROTECCIÓ BASADA EN ELS DRETS HUMANS. La percepció sobre els fluxos de migracions forçoses i els refugiats en general ha canviat radicalment des dels anys vuitanta i noranta. Diferents factors, com la magnitud de les crisis humanitàries contemporànies, els grans canvis i la facilitació dels transports, i el canvi en la consideració política i social dels demandants d'asil després de l'acabament de la Guerra freda, han fet que s'hagi creat allò que Bhuppinder .S. Chimni anomena el *mite de la diferència*⁶⁹. En aquests darrers anys, segons ell, hi ha hagut un canvi de paradigma en el dret relatiu a les migracions forçoses a partir de la creença que la naturalesa i el caràcter dels fluxos de refugiats en el tercer món, o provenint d'aquests països, són radicalment diferents dels fluxos de refugiats a Europa des de l'acabament de la primera Guerra mundial. S'ha creat una imatge de refugiat *normal* –blanc, mascle i anticomunista- enfront de la idea del *nou* demandant d'asil, respecte del qual hi ha una presumpció que abusa dels procediments d'asil i la hospitalitat dels estats europeus, i que arriba en nombre massa elevat. Per a Chimni, fins i tot, els que defensen la tesi de la diferència suggereixen que els individus deliberadament atrauen respecte d'ells mateixos els esdeveniments que els

High Commissioner for Refugees, maig de 1992, pàgs. 4 i 53-62; considera que l'aproximació al problema de les migracions massives irregulars i forçades reflecteix la consciència de la necessitat d'ordenar les relacions internacionals d'acord amb uns principis en favor de la justícia i la pau a través de la democràcia, el desenvolupament, els drets humans i el dret internacional, és a dir, d'establir un *nou ordre mundial*. Actualment però el problema excediria els recursos i la capacitat de les institucions internacionals de caràcter humanitari per fer-hi front; Guy S. Goodwin-Gill, *Refugee or Asylum: International Law and the Search for Solutions to the Refugee Problem*, Ginebra: UNHCR, LAW/REF/ASY/86 D, pàg. 13-14.

⁶⁷ §4 del Preàmbul de la Convenció de Ginebra de 1951.

⁶⁸ Terje Einarsen, "Mass movements of refugees-in search of new international mechanisms", Gudmundur Alfredsson, Peter Macalister-Smith (eds.), *The Living Law of Nations. Essays on refugees, minorities, indigenous peoples and the human rights of other vulnerable groups in memory of Atle Grahl-Madsen*, Kehl, Estrasbourg, Arlington: N.P. Engel, Publisher, 1996, pàg. 18. Aquest autor considera que el fenomen massiu de migració forçosa que en la darrera dècada ha esdevingut un problema genuïnament *global* requereix una nova aproximació convencional per part dels estats. Les diferents posicions dels actors internacionals en aquesta qüestió varia en funció de les diferents percepcions sobre les premisses de base i el principis fonamentals i, així, uns destaquen la importància de les solucions, la prevenció i la responsabilitat, i d'altres la necessitat d'una protecció més efectiva, cooperació i repartiment de càrregues. Una aproximació global i realment integrada suposaria que l'alleugeriment dels símptomes i la promoció de *solucions* fossin tractats simultàniament. En l'article es fa una proposta concreta de les qüestions que un *Conveni relatiu a la protecció internacional dels refugiats* hauria d'abordar i com ho hauria de fer, basant-se en la idea bàsica que la cooperació internacional dins d'un marc de drets humans pot contribuir efectivament a la gestió internacional dels moviments massius de refugiats, i proporcionar protecció als refugiats del Tercer món en les seves pròpies regions. *Ibidem*, pàgs. 22-33.

⁶⁹ Bhuppinder S. Chimni, "The Geopolitics of Refugee Studies: A View from the South", *JRS*, vol. 11, núm. 4, 1998, pàg. 355.

converteixen en refugiats, és a dir que tenen la *culpa* de ser-ho i, per això presenten l'estatut de refugiat com a un estatut privilegiat per a aquestes persones⁷⁰.

Aquesta nova aproximació a la qüestió dels refugiats ha propugnat l'assistència i la protecció en la regió d'origen a l'empara d'un llenguatge dels drets humans manipulats, i ha defensat el *retorn* voluntari com a la forma de solució més apropiada. Pel que fa a les causes dels fluxos, es centra en les explicacions de tipus intern, que donen recolzament a la idea que, en definitiva, com que els estats d'origen són responsables dels fluxos, són aquests els que han de crear les condicions de retorn dels refugiats i menysté la dimensió internacional de les causes dels refugiats.

124. En definitiva, la creació del *mite de la diferència* ha comportat tres conseqüències connexes importants en l'estudi de la problemàtica de les migracions forçoses actuals, i l'estatut dels demandants d'asil: en primer lloc, la idea que les causes dels fluxos són cosa dels estats d'origen, i que per això són ells els principals responsables dels fluxos; en segon lloc, que la solució final de la qüestió dels refugiats és el retorn *voluntari*; i, en tercer lloc, que la solució que consistia en l'exili de les persones que fugien dels seus llocs d'origen ja no és la més adequada. És a dir que, la construcció d'aquest nou paradigma refusa l'opció de l'asil, en el sentit de la integració en un país d'acollida i, així, indirectament, legitima les *polítiques de no-entrada*⁷¹.

Amb la globalització s'ha desenvolupat la ideologia d'un *nou humanitarisme* que utilitza el llenguatge dels drets per fer legitimar l'adopció de perspectives basades en la seguretat i esborrar els límits entre les diferents categories de protecció (refugi, drets humans i dret internacional humanitari). Es presenta la contenció dels refugiats i la repatriació com les úniques solucions, i, en definitiva, es presenten com a legítimes tota una sèrie de polítiques que suposen una *erosió sistemàtica dels principis de la protecció i dels drets dels refugiats*, alhora que *mantenen les relacions globals de dominació*⁷².

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

⁷⁰ *Ibidem*, pàgs. 356-357.

⁷¹ *Ibidem*, pàg. 352. Aquesta conseqüència va ser també temuda per part de la *International Law Association*, que va intentar prevenir-la en el principi 8 i últim de la *Draft Declaration of Principles of International Law on Compensation to Refugees* que estableix que (t)he possibility that refugees or UNHCR may one day successfully claim compensation from the country of origin should not serve as a pretext for withholding humanitarian assistance to refugees or refusing to join in international burden-sharing meant to meet the needs of refugees or otherwise to provide durable solutions, including mediation to facilitate voluntary repatriation in dignity and security, thereby removing or reducing the necessity to pay compensation.

⁷² Bhupinder S. Chimni, "Globalization, Humanitarianism and the Erosion of Refugee Protection", *JRS*, vol. 13, núm. 3, 2000, pàgs. 244 i 251.

125. Mentre per a alguns autors, la idea de centrar l'atenció en la responsabilitat dels estats d'origen pels fluxos migratoris forçosos té l'avantatge de fer pressió en aquests per a que corregeixin les causes dels fluxos i creïn les condicions necessàries per a la repatriació voluntària⁷³, d'altres, posen en qüestió el valor preventiu d'aquestes mesures, tenint en compte les circumstàncies actuals dels fluxos forçosos.

Quan les causes profundes de les migracions són de caràcter polític o són fruit de situacions de violació greu de drets humans per part de l'estat d'origen, el dret de compensació dels refugiats més aviat pot conduir a contenir els fluxos, enlloc de promoure el canvi fonamental la gestió política⁷⁴.

Posar l'accent en la responsabilitat de l'estat d'origen, com diu Vera Gowlland-Debbas, suposa desconèixer la complexitat de les causes dels fluxos massius i, a més, pot convertir-se en un parany en detriment del dret d'asil, perquè *insistir en la responsabilitat de l'estat d'origen pels fluxos massius de població del seu territori... equivaldria a demanar-li que fes tot el possible per privar als seus nacionals d'exercir el seu dret de cercar asil arreu*⁷⁵.

També Antônio Augusto Cançado Trindade ha expressat recentment que, si bé el desenvolupament de la idea de la responsabilitat dels estats per fluxos forçosos de població té l'avantatge d'ampliar l'horitzó d'anàlisi, el fet de passar a un enfocament essencialment *iusprivatista* pel que fa a les reparacions, no reflecteix una visió real dels món actual *globalitzat de profundes desigualtats i iniquitats*, i del *primat de la crueltat econòmic-financera anti-històrica*, en que esdevé difícil identificar l'origen individualitzat de la violència i singularitzar els estats responsables⁷⁶.

2. Sobre l'evolució del rol de l'ACNUR

126. El *nou* paradigma de tractament de les qüestions relatives als fluxos forçosos de persones ha afectat el rol assignat a l'ACNUR, fins al punt que les seves construccions teòriques més recents sobre la creació de zones segures o *safe havens*, poden ser vistes des d'aquesta mateixa perspectiva, que posa l'accent en la protecció a l'interior de l'estat d'origen, en el dret de restar, etc. Per això, moltes de les propostes i

⁷³ És a dir que els seus efectes dissuasius haurien de permetre evitar generacions futures de refugiats. Luke T. Lee, "The Right to Compensation: Refugees and Countries of Asylum", *loc. cit.*, pàg. 566.

⁷⁴ Hannah R. Garry, "The Right to Compensation and refugee Flows: A 'Preventive Mechanism' in International Law?", *IJRL*, vol. 10, núm. 1/2, 1998, pàgs. 116-117.

⁷⁵ Vera Gowlland-Debbas, "La responsabilité internationale de l'état d'origine pour des flux de réfugiés", *loc. cit.*, pàg. 131.

⁷⁶ Antônio Augusto Cançado Trindade, "Reflexiones sobre el desarraigo como problema de derechos humanos frente a la conciencia jurídica universal", *Conferencia dictada en el Seminario de San Carlos y San Ambrosio, copatrocinada por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), la Conferencia de los Obispos Católicos de Cuba (Conferencia Episcopal), y la Unión Nacional de Juristas de Cuba (UNJC)*, 28 de novembre de 2000, pàgs. 17/55.

accions que mena l'ACNUR fan que es ell mateix sigui percebut com a un *consumidor acrític dels conceptes i teories que recolzen una visió particular (del Nord) de l'ordre global dels refugiats*⁷⁷.

En les conclusions del Comitè Executiu de l'ACNUR dels darrers anys, en moltes ocasions, la perspectiva de conformar les pròpies opcions teòriques amb els interessos dels estats ha fet que el contingut de protecció en un bon nombre de conclusions hagi estat *seriosament marginada*⁷⁸.

Actualment, la raó principal per qüestionar algunes de les darreres accions de l'ACNUR en les crisi internacionals de refugiats, ha estat que la pressió dels estats en posar l'accent en les *causes* dels fluxos ha desviat la protecció internacional, i ha fet que s'expressés en assistència sobre el terreny amb el pretext de protegir el dret de restar en el territori.

Els canvis en els fenòmens migratoris ha suposat una transformació de la tasca de l'ACNUR⁷⁹, l'ampliació del seu propi àmbit d'acció, i una saturació de les seves estructures⁸⁰, que posen en perill els principis de neutralitat i imparcialitat amb què fou configurat. L'ampliació de les seves funcions pot comprometre el mandat de protecció dels *refugiats*, ja que oferir protecció en l'estat d'origen pot dissuadir o fins i tot impedir la fugida fora del país a aquestes persones. Tot això ha comportat una veritable distorsió del rol pal·liatiu de l'ACNUR, ja que, com a destacat James C. Hathaway, *qualsevol cosa que es faci per acabar o atenuar l'abús de drets humans en el territori mai ha de poder ser a expenses de l'únic recurs veritablement autònom dels éssers humans: fugir quan les circumstàncies esdevenen insuportables*⁸¹.

Amnistia Internacional ha considerat que aquest debat és una mostra de les dificultats de l'ACNUR en complir la seva funció principal⁸².

La doctrina ha denunciat que els estats i les institucions polítiques internacionals, incloses les Nacions Unides, carreguen sobre les espatlles de l'ACNUR i altres entitats humanitàries un pes de proporcions massa grans sense acarar veritablement *una*

⁷⁷ Bhupinder S. Chimni, "The Geopolitics of Refugee Studies: A View from the South", *loc. cit.*, pàg. 368.

⁷⁸ Dennis McNamara, "The Future of Protection and the Responsibility of the State. Statement to the 48th Session of the UNHCR Executive Committee", *IJRL*, vol. 10, núm. 1/2, 1998, pàg. 233.

⁷⁹ Una panoràmica dels canvis en el paper de l'ACNUR i de les noves estratègies d'aquest, en el marc de l'assistència humanitària i el manteniment de la pau, es troba a M^a Teresa Ponte Iglesias, *Conflictos armados, refugiados y desplazados internos en el derecho internacional actual*, Santiago de Compostela: Tórculo Edicions, 2000, pàgs. 128-233.

⁸⁰ L'ACNUR també proporciona assistència als desplaçats interns en aquelles situacions en què ha rebut un mandat específic de l'Assemblea General de l'ONU.

⁸¹ James C. Hathaway, "New Directions to Avoid Hard Problems: The Distortion of the Palliative Role of Refugee Protection", *JRS*, vol. 8, núm. 3, 1995, pàg. 293.

⁸² Amnistia Internacional, *Informe 1999*, Barcelona: Columna Edicions, 1999, pàg. 55.

*aproximació més intervencionista a les causes, tractament i remei dels fluxos de refugiats*⁸³.

En el període posterior a la guerra freda, els refugiats han perdut part del seu valor polític i estratègic per als estats, els quals han requerit directament o indirecta de l'ACNUR que assumís una responsabilitat cada cop més gran, en el límit de la seva capacitat, i més enllà de les possibilitats d'assistència d'una entitat que, en definitiva, no pot oferir una assistència efectiva sense la col·laboració dels estats, els únics que tenen un domini sobre el territori on en tot cas els refugiats poden ser protegits. Les qüestions de quina és la responsabilitat actual de l'ACNUR, respecte de qui, amb quin contingut ha de donar protecció i assistència, i quins poders té en funció d'aquestes responsabilitats, haurien ser objecte d'un *compromís exprés* que reflectís els canvis que s'han anat produint, i donés cobertura al paper cada cop més rellevant i autònom que té aquesta institució⁸⁴.

3. La responsabilitat col·lectiva dels estats d'acollida

127. Com s'ha vist, cap de les dues perspectives de la responsabilitat dels estats ofereix garanties suficients de prevenció ni de solució de les crisis de migracions forçoses. Quant a la idea de prevenció, d'atac de les causes, que presidia l'òptica de la responsabilitat dels estats d'origen, en general, com ha assenyalat Chaloka Benayi, *l'execució general o, inclòs, específica de la responsabilitat de l'estat en el context de fluxos forçosos de poblacions serveix de poc quan les causes profundes tenen a veure amb el col·lapse dels processos polítics normals en estats determinats*⁸⁵. La qüestió continua essent com assegurar que els estats compleixin les seves obligacions, i no es comportin de manera que les persones es vegin esperonades a fugir. I això, és quelcom que va més enllà de la responsabilitats de l'estat directament causant, i evoca l'interès dels altres estats en col·laborar perquè hi hagi les condicions adequades per a que es compleixin les obligacions respectives⁸⁶.

Des de la perspectiva de la responsabilitat dels estats d'acollida, l'adopció d'una perspectiva més àmplia que la de les relacions entre la persona demandant i l'estat d'asil,

⁸³ Adam Roberts, "More Refugees, less Asylum: A Regime in Transformation", *JRS*, vol. 11, núm. 4, 1998, pàgs. 394-395. Diversos autors han criticat la forma com s'han dut a terme les operacions de protecció sobre el terreny, per exemple, William Clarence, "Field Strategy for the Protection of Human Rights", *IJRL*, vol. 9, num. 2, 1997, pàgs. 229-254.

⁸⁴ Geoff Gilbert, "Rights, Legitimate Expectations, Needs and Responsibilities", *IJRL*, vol. 10, N° 3, 1998, pàg. 387. Per a Gil Loescher, per exemple, cal que l'ACNUR retorni a la seva missió essencial de protecció dels refugiats; Gil Loescher, "UNHCR at Fifty. Refugee protection and World Politics", Niklaus Steiner, Mark Gibney, Gil Loescher (eds.), *Problems of Protection. The UNHCR, Refugees and Human Rights*, Nova York, Londres: Routledge, 2003, pàg. 17.

⁸⁵ Chaloka Benayi, "State Responsibility for the Prevention and Resolution of Forced Population Displacements in International Law", *IJRL, Special Issue*, juliol 1995, pàg. 130.

⁸⁶ *Ibidem*, pàg. 147.

conduïx a defensar que hi hauria un interès col·lectiu dels estats de la societat internacional actual en la gestió de les causes i conseqüències de les migracions forçoses. Això es situa en la línia de pensament que defensa la necessitat d'una reconceptualització de la *sobirania com a control* cap a la *sobirania com a responsabilitat de protegir*, que s'ha plantejat en el context de la intervenció⁸⁷. L'impacte de la protecció internacional dels drets humans comporta que els estats són els garants de la seguretat i del benestar de les persones, i han de retre comptes tant pels seus actes com per les seves omissions, però aquesta responsabilitat no es limita als seus propis ciutadans sinó que va més enllà, en els espais sotmesos a la seva jurisdicció i també fora d'ells.

En aquest sentit, la doctrina ha postulat l'establiment d'un marc flexible de protecció dels demandants d'asil, i una *responsabilitat comuna però diferenciada*, de forma que la càrrega més immediata o directa recaigués en els estats de la regió dels moviments de població, però aquesta fos compensada per un sistema en què hi participessin altres estats. La cooperació internacional esdevindria, així, un principi internacional que s'estén a l'àmbit dels refugiats, i que obligaria els estats, almenys quan els països de primera arribada fossin incapaços de proporcionar protecció física o mitjans de subsistència suficients als demandants d'asil presents en el territori⁸⁸. Una determinada concepció d'aquesta responsabilitat col·lectiva dels estats d'acollida es desenvoluparà en el darrer paràgraf del Capítol V.

128. La *responsabilitat* dels estats d'asil s'orienta cap a un sistema col·lectiu en què l'impacte dels fluxos migratoris forçosos en els estats de primera arribada ha de ser alleugerit i compensat, a través d'un sistema efectiu i ràpid de repartiment equitatiu de les càrregues⁸⁹. Com assenyala Philip Rudge, una de les claus del desenvolupament per al futur immediat dels sistemes de protecció de les persones està precisament en arribar

⁸⁷ International Commission on Intervention and State Sovereignty (ICISS), *The Responsibility to Protect. Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty*, Ottawa: International Development Research Centre, 2001, pàg. 13. Sobre la noció de la *responsabilitat de protegir*, Laurence Boisson de Chazournes, Luigi Condorelli, "De la «responsabilité de protéger» ou d'une nouvelle parure pour une notion déjà bien établie", *RGDIP*, vol. 110, núm. 1, 2006, pàgs. 11-18.

⁸⁸ Ann Vibeke Egli, *Mass Refugee Influx and the Limits of Public International Law*, La Haia, Londres, Nova York: Martinus Nijhoff Publishers, 2002, pàgs. 83-87 i 253-254.

⁸⁹ Diversos autors han fet propostes entorn de la idea del repartiment equitatiu de càrregues i de compartir la responsabilitat, entre ells, James M. Jr. Didden, "Toward collective responsibility in asylum law: reviving the eroding right to political asylum in United States and the Federal Republic of Germany", *Immigration Law: United States and International Perspectives on Asylum and Refugee Status*, *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Journal*, vol. 16, núm. 4, 1994, pàgs. 79-123; Jack I. Garvey, "Toward a Reformulation of International Refugee Law", *loc. cit.*, pàgs. 483-500; Rainer Hofmann, "Asylum and Refugee Law", J.A. Frowein, T. Stein (hrgs.), *Die Rechtsstellung von Ausländern nach staatlichem Recht und Völkerrecht*, Springer Verlag Berlin: Max Planck Institute, 1987, pàgs. 2045-2067; James Kelley, "Refugee Protection: Whose Responsibility Is It Anyway?", *loc. cit.*, pàgs. 277-282; Peter Schuck, "Refugee Burden-Sharing: A Modest Proposal", *YJI L*, vol. 22, núm. 2, 1997, pàgs. 243-297.

a mecanismes de *responsabilitat compartida*, entre els estats del Nord, i també entre el Nord i el Sud⁹⁰.

En aquest mateix sentit, una perspectiva global dels problemes del dret del refugi a l'actualitat condueix a la idea que els estats del Nord tenen una responsabilitat específica en fer front a les necessitats que sorgeixen amb els fluxos. Així, s'ha sostingut que *l'obligació moral del Nord de compartir la càrrega global d'asil rau en el seu enorme potencial de recursos respecte dels del Sud i en les dinàmiques transnacionals del conflicte social en el món contemporani, que al menys en algun grau fa el Nord co-responsable de les convulsions del Sud*⁹¹. Desenvolupant aquesta idea primera, és a dir que en última instància hi hauria una obligació dels estats del Nord de proporcionar asil, es diu que aquests no poden *comprar* la part que els pertoca com a llocs de primer asil simplement proveint assistència financera generosa als estats en desenvolupament que suporten la majoria del pes del primer asil. Tot i amb això, en tant que els estats rics admeten relativament pocs demandants d'asil *la lògica moral d'una política liberal de refugi exigiria que fos donada una assistència financera compensatòria a aquells que proporcionen lloc segur en condicions d'extremes restriccions pel que fa a recursos*⁹².

Un sistema de redistribució de càrregues, d'acord amb la doctrina, podria ser eventualment gestionat i coordinat per instàncies internacionals capaces de fer una avaluació pertinent i estipular una acció ràpida, si les circumstàncies ho requereixen, com ho podria arribar a ser l'ACNUR⁹³.

La gestió de la problemàtica inherent a les migracions forçoses actuals, d'altra banda, suposa la necessitat de fer una aproximació àmplia o *global* a aquests fluxos, cosa que es tradueix en l'anàlisi de tota la complexa trama de *causes* del problema i les implicacions dels estats i la comunitat internacional en aquestes⁹⁴. L'origen de la majoria dels fluxos migratoris massius actuals està en tot un conjunt de situacions de base caracteritzades per mancances bàsiques en els estats d'origen que s'interrelacionen, com el subdesenvolupament de llarga durada; l'absència de règims de govern políticament consolidats, estables i proveïdors d'un cert grau de seguretat a tots els nivells, capaços de mantenir economies relativament sòlides; la manca d'un sistema de drets fonamentals efectiu, ... En aquest sentit, apunta Segun Olusola, *el flux de refugiats només pot aturar-*

⁹⁰ Philip Rudge, "Reconciling State Interests with International Responsibilities: Asylum in North America and Western Europe", *IJRL*, vol. 10, núm. 1/2, 1998, pàgs. 19-20.

⁹¹ Aristide R. Zolberg, Astri Suhrke, Sergio Aguayo, *Escape from violence. Conflict and the Refugee Crisis in the Developing World*, New York-Oxford: Oxford University Press, 1989, pàg. 279.

⁹² *Ibidem*, pàg. 278-279.

⁹³ James C. Hathaway, *Reconceiving International Refugee Law*, *op. cit.*, pàgs. XXIV-XXV.

⁹⁴ Alguns autors consideren que això pot arribar a anar en contra del principi de sobirania nacional i no intervenció en els afers interns, per exemple, Kenneth Regensburg, "Refugee Law Reconsidered: Reconciling Humanitarian Objectives with the Protectionist Agendas of Western Europe and the United States", *CILJ*, vol. 29, núm. 1, 1996, pàg. 262.

*se quan el món pugui reunir-se com un de sol per atacar les causes profundes dels conflictes violents... el món ha esdevingut una 'ciutat global' (no un 'poble global' encara) que ha de ser brandat sense perjudici de qualsevol de les parts de la 'ciutat'*⁹⁵.

Aquest tipus d'aproximació implica la implementació d'una perspectiva *preventiva* que tingui en compte les causes últimes dels moviments de població involuntaris i proposi solucions en l'origen, les quals passen per concebre les polítiques de cooperació i desenvolupament com elements per a l'avenç i benestar de la comunitat internacional en el seu conjunt⁹⁶.

En definitiva, és necessària una doble aproximació que, d'una banda ataqüi les causes i proposi solucions i, de l'altra, simultàniament *alleugereixi els símptomes*⁹⁷.

⁹⁵ Segun Olusola, "The Role of Conflict Prevention for Preventing Refugee Flows", *IJMR*, vol. 8, 2001, pàg. 53.

⁹⁶ Presenten la necessitat de realitzar polítiques de desenvolupament eficaces, per exemple, Kerll Horst-Wolfrum, "New Dimensions of the Global Refugee Problem and the Need for a Comprehensive Human Rights and Development-Oriented Refugee Policy", *loc. cit.*, pàgs. 237-251; Pirkko Kourula, *Broadening the Edges. Refugee Definition and International Protection Revisited*, *op. cit.*, pàgs. 16-28; Gil Loescher, *Beyond Charity. International Cooperation and the Global Refugee Crisis*, *op. cit.*, pàg. 10; Jonas Widgren, "Europe and International Migration in the Future. The Necessity for Merging Migration, Refugee and Development Policies", Gil Loescher, Laila Mohanan, *Refugees and International Relations*, Oxford: Oxford University Press, 1989, pàgs. 49-61. També defensa que cal contrarestar les causes de la generació de refugiats, Matthew J. Gibney, *The Ethics and Politics of Asylum. Liberal Democracy and the Response to Refugees*, Cambridge: Cambridge University Press, 2004, pàg. 259.

⁹⁷ Terje Einarsen, "Mass movements of refugees-in search of new international mechanisms", *loc. cit.*, pàgs. 17-33.

CAPÍTOL V PERSPECTIVES PER A LA REVISIÓ DEL RÈGIM JURÍDIC INTERNACIONAL APLICABLE AL FENOMEN DE LES MIGRACIONS FORÇOSES

129. ENVERS LA RECONCILIACIÓ DELS INTERESSOS DE LA PROTECCIÓ D'HUMANITAT AMB ELS DELS ESTATS D'ASIL. El règim aplicable a les persones que fugen del territori de l'estat de la seva nacionalitat o residència habitual es regeix, principalment, per la Convenció de Ginebra de 1951 *sobre l'estatut dels refugiats* i el seu Protocol Addicional de 1967, alhora que per l'activitat de l'Alta Comissaria de les Nacions Unides per als Refugiats, creada el desembre de 1950¹.

L'evolució dels fenòmens migratoris i, sobretot, l'afluència sobtada i massiva de persones que fugen cap a les fronteres d'estats estrangers ha fet variar els plantejaments respecte dels que generalment s'anomenen *refugiats* a escala internacional, tot i que no s'ha assolit ara per ara un canvi normatiu substancial per fer front a les noves situacions. En aquests darrers anys s'han produït alguns canvis pel que fa a la protecció, com per exemple, l'ampliació progressiva del mandat de l'ACNUR mitjançant resolucions de l'Assemblea general de les Nacions Unides i del mateix Comitè Executiu, que han permès donar protecció internacional a persones que no entren estrictament en la definició de *refugiats*; i les propostes de desenvolupament normatiu com el procés *Convention plus*. L'ACNUR, actualment, malgrat els problemes que aquesta ampliació de funcions comporta com s'ha vist al Capítol IV, proporciona protecció a persones que han patit esdeveniments causants per una greu desestructuració de les bases de funcionament de l'estat i de l'ordre públic, i que es veuen obligades a fugir del lloc on habitualment residien i cercar asil arreu.

El model de protecció individualitzada dels refugiats que instaura la Convenció de Ginebra, en essència, no ha variat. Afrontar els fluxos actuals de persones demandants d'asil únicament amb el règim i l'esquema conceptual de la Convenció duu al fracàs, i fa trontollar les bases d'una protecció que es fonamenta en principis de caràcter humanitari.

La resposta que es dona als fluxos actuals de refugiats i demandants d'asil no s'ajusta a les necessitats de protecció, ni formalment, ni substantiva. La primera part d'aquest capítol (A.) es dedica a analitzar les limitacions normatives del règim actual, fent especial atenció a les qüestions conceptuais i formulant aproximacions que es consideren adequades per definir els problemes actuals. La dinàmica reduccionista en l'aproximació que han fet darrerament els estats a la problemàtica que presenten els demandants d'asil s'ha fonamentat, en part, en la limitació de la noció de *refugiats*, com

¹ *Statute of the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees*, Resolució de l'Assemblea General de les Nacions Unides núm. 428 (V) de 14 de desembre de 1950.

s'ha vist en el Capítol III. La noció de refugiat, si bé no ha esdevingut anacrònica, ni és prescindible, ja no permet copsar la majoria dels fenòmens en què algú demana protecció en un estat estranger.

La tercera part (C.) planteja algunes estratègies per a l'acarament de la qüestió de la protecció dels demandants d'asil en el context actual, a partir de nocions com *asil provisional*, que configura l'estatut dels demandants d'asil, objecte d'aquest treball. També es fan aproximacions fonamentades en la noció de responsabilitat col·lectiva per tal de concretar el mandat difús de protecció de la comunitat internacional quan falla el sistema de la nacionalitat o pertinença en la distribució de la funció de protecció dels estats respecte de les persones. Abans, però, s'ha considerat que calia exposar el marc teòric en què aquestes estratègies es fonamenten, i que també revelen perquè la qüestió de l'asil ha esdevingut, actualment, en els estats europeus i a la Unió Europea un element de conflicte i un factor de seguretat, més que un factor de protecció (B.).

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

1. Les limitacions del règim internacional sobre refugiats

a. Situació normativa actual insuficient i antiquada

130. El marc normatiu internacional aplicable als fenòmens de demandats d'asil actuals resulta insuficient i ineficient, fonamentalment per dues raons: les mancances dels propis textos normatius i de les seves possibilitats d'aplicació, i la seva inadaptació a les variacions dels fenòmens de *migracions forçoses* actuals.

Les limitacions del sistema de protecció dels refugiats van tot i això molt més enllà del que es tractarà tot seguit. Com ha assenyalat Guy S. Goodwin-Gill, es pot distingir entre les limitacions institucionals (que no s'analitzaran amb profunditat i que fan referència al rol de l'ACNUR), les limitacions conceptuals (noció de refugiat) i les limitacions substantives. Pel que fa a aquestes darreres són especialment expressives les següents afirmacions:

Els límits a la protecció existent són no només els que venen de fora, restringint categories i funcions. Són també interns, en un model incomplet que permet que les normes que governen un actor principal en un camp divergir de les que obliguen els seus socis essencials. Protecció i solucions no estan, i potser no poden estar, perfectament lligades en una cadena normativa. Hom pot bé esperar que una societat d'estats sobirans però interdependents confereixi responsabilitats a les seves agències, però no que creï necessàriament un sistema paral·lel d'obligacions. El resultat és una llacuna entre els rols institucionals i les obligacions jurídiques, entre el refugiat i el refugi, entre non-refoulement i asil,

*entre protecció i solucions, i sovint, finalment, entre l'individu i l'ideal de drets humans fonamentals independentment de la nacionalitat o l'estatut*².

131. UNA NOCIÓ DE REFUGIAT D'INTERPRETACIÓ CONFLICTIVA. En primer lloc, el règim internacional sobre la institució del refugi establert en la Convenció de Ginebra de 1951 no és un règim complert³, i la definició de *refugiat* que s'hi conté pateix mancances importants per acabar els supòsits de fet actuals. La Convenció, si bé parteix d'una aproximació *universalista*, amb una definició general de *refugiat*, fa una *internacionalització parcial* del règim del refugi⁴: la determinació de la qualitat de refugiat resta en mans dels estats parts i dels seus òrgans judicials interns, sovint sotmesos a contextos polítics que repercuteixen en la seva tasca d'implementació d'un *concepte porós*⁵, i no s'estableix cap dret d'estada, ni l'obligació de concedir *asil* territorial per part de l'estat que reconeix l'estatut, ni tampoc aquest estatut ha de ser obligatòriament acceptat pels altres estats. Els procediments i les instàncies competents per determinar qui és refugiat varien d'un estat a un altre i no hi ha cap obligació d'incorporar l'ACNUR en el procediment, cosa que ajudaria a mantenir una certa imparcialitat i uniformitat en l'aplicació dels criteris de la definició del refugiat de la Convenció⁶. La definició de *refugiat* de l'article 1 de la Convenció, d'altra banda, conté com s'ha vist en el Capítol III.B. una gran quantitat de *conceptes essencialment controvertits*, com persecució, grup social, temor, etc., la funció dialèctica dels quals fa

² Guy S. Goodwin-Gill, "Refugees: The Functions and Limits of the Existing Protection System", Alan E. Nash (ed.), *Human Rights and the Protection of Refugees under International Law. Proceedings of a conference held in Montreal November 29-December 2, 1987*, South Halifax, Nova Scotia (Canada): The Institute for Research on Public Policy, 1988, pàgs. 169-170.

³ Que és un règim incomplet ho expressa, per exemple, Joan Fitzpatrick, "Refugee Protection in the Twenty-First Century", *GYIL*, vol. 43, 2000, pàgs. 82 i 99.

⁴ 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. 36-37.

⁵ En els estats es genera a vegades una *atmosfera política manipulativa* que contribueix a que en els òrgans judicials es produeixi un *biaix pro executiu en els òrgans judicials interns (...) normalment inconscient i responsable de la creació i procreació d'una política interpretativa subjecta a consignes polítiques de l'executiu*; Nicholas Sitaropoulos, "Refugee: A legal definition in search of a principled interpretation by domestic fora", *RHDI*, vol. 52, núm. 1, 1999, pàgs. 185-186.

⁶ La participació de l'ACNUR en els procediments sobre l'*el·ligibilitat* del refugiat a l'estatut de la Convenció de Ginebra varia en les diferents legislacions dels estats parts: des d'una simple consulta no vinculant, a una presa de decisió conjunta amb els òrgans estatals. Sobre aquesta qüestió, els amplis estudis de Dominique Turpin (dir.), *Immigrés et réfugiés dans les démocraties occidentales. Défis et solutions*, Paris, Aix-en-Provence: Economica, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1989, pàgs. 19-133; Jacqueline Dutheil de La Rochère, Yves Gaudemet (dirs.), "La situation juridique du demandeur d'asile", *RFDA*, 1993, núm. 9 (2) pàgs. 272-276, núm. 9 (3) pàgs. 557-566, i núm. 9 (4) pàgs. 767-786; Jim Gillespie, *Rapport sur les procédures d'asile et d'immigration et sur les droit de recours dans les 12 états membres de la Communauté européenne*, Londres: Immigration Law Practitioners' Association, 1993, pàgs. 17-25.

difícil la fixació d'un significat únic del concepte i, així, d'una interpretació igual o similar per part de les autoritats dels diferents estats⁷.

Per part de l'ACNUR hi ha hagut intents d'establir una interpretació *correcta* amb l'anomenat *Manual* de procediments⁸, però la manca d'obligatorietat i d'actualització n'han fet un instrument d'interpretació dèbil.

En el marc de la Unió Europea l'any 1996 es va fer un primer intent per a una interpretació comuna de la noció de refugiat⁹ que va fracassar tant per la naturalesa jurídica de la norma (una *posició comuna* en el marc de la Cooperació en afers de justícia i interior), com per l'absència de veritables solucions a les qüestions controvertides. Gairebé tres anys després de la proposta de la Comissió¹⁰, i ja en base a una competència comunitària (63.3.a) TCE,), la posició comuna ha estat substituïda per una directiva aprovada pel Consell *Justícia i Afers d'Interior* de 29 d'abril de 2004¹¹. Aquesta directiva, tot i que planteja alguns dubtes pel que fa a la seva compatibilitat amb els instruments universals de protecció dels refugiats i dels drets humans, sí conté avenços importants, com el que fa a referència a la interpretació segons la qual l'agent de la persecució en el cas dels refugiats no ha de ser necessàriament estatal. Tot i amb això, no resol definitivament la qüestió d'assolir una interpretació *uniforme* de la noció de refugiat de la Convenció de Ginebra, ni estableix un *estatut únic* per als refugiats a la Unió Europea, ja que s'admet expressament que els estats "podran introduir o mantenir normes més favorables per determinar qui reuneix els requisits per ser reconegut com a refugiat o persona amb dret a protecció subsidiària, i per determinar el contingut de la protecció internacional, sempre aquestes normes siguin amb la present directiva"¹².

⁷ Sobre la noció de *conceptes essencialment controvertits* i la funció dialèctica que compleixen, Marisa Iglesias Vila, "Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional", *Doxa*, 23, 2000, pàgs. 80-91.

⁸ ACNUR, *Handbook on procedures and criteria for determining refugee status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating the Status of Refugees* (o *Guide des procédures et critères...*), Ginebra: UNHCR, 1979 (reed. 1992).

⁹ *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 63/2-7.

¹⁰ CEE, *Propuesta de Directiva del Consejo por la que se establecen normas mínimas sobre los requisitos y el estatuto al que pueden optar ciudadanos de países terceros y personas apátridas para ser refugiados o beneficiarios de otros tipos de protección internacional*, COM (2001) 510 final, 2001/0207 (CNS), Brussel·les 12 de setembre de 2001. Aquesta proposta ha estat modificada significativament al llarg dels tres anys que ha durat el procés per a la seva aprovació.

¹¹ Sessió núm. 2579 del Consell *Justícia i Afers d'Interior*, Luxemburg, 29 d'abril de 2004, 8694/04 (Presse 123). *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.

¹² Article 3 de la directiva 2004/83/CE.

La manca de precisió de la definició¹³ i la remissió a les autoritats internes quant al reconeixement de la condició de refugiat, s'afegeixen a d'altres dificultats, com el desconeixement dels fets que al·lega el refugiat en els països d'asil, i la complexitat de formular judicis sobre les condicions reals d'estats estrangers, sovint allunyats i sobre els quals es té poca informació¹⁴, malgrat la tasca que el mateix ACNUR realitza a través del sistema *Refworld*.

132. UN RÈGIM INTERNACIONAL PER A LA PROTECCIÓ DELS REFUGIATS EROSIONAT: ELS FLUXOS MASSIUS I ELS PROBLEMES D'UN REFUGI ALEATORI I PERPETUAT. En segon lloc, el règim universal de la Convenció de Ginebra no ha estat actualitzat als fenòmens contemporanis de migracions forçoses, situacions moltes vegades de caràcter col·lectiu, i amb motivacions mixtes on és difícil establir quin tipus de protecció cal donar. En la Convenció de Ginebra es parteix d'un concepte *individual* i fortament *polititzat* de *refugiat*, aplicable en el context històric del moment de concloure-la, fonamentalment pensat per a dissidents polítics sorgits de l'oposició entre blocs ideològics¹⁵. El tipus de conflictes que actualment comporten una aflluència indiscriminada de demandants d'asil a les fronteres d'Europa fan que una definició com aquesta hagi deixat de ser plenament eficaç¹⁶, malgrat continuï sent útil en molts casos. El concepte de refugiat expressat en l'article 1 de la Convenció de Ginebra fracassa sobretot en la protecció de les persones que es troben en situació de risc degut a desordres civils o polítics en el seu país, ja que, segons la interpretació restrictiva que, com s'ha vist, s'aplica en alguns estats, es refusa el reconeixement com a refugiat d'un demandant d'asil que no pot demostrar que es troba *individualitzadament en risc*¹⁷. En certa manera, la creixent complexitat de les

¹³ Mario Bettati critica les definicions de refugiats que considera *prudentment incertes*, perquè estableixen criteris objectius la universalitat dels quals és difícil d'establir i per la dificultat d'apreciar les condicions de tipus subjectiu que són part de la definició, contribueixen a la *precarietat de l'asil territorial* i a la *fragilitat* de les construccions sobre asil i refugi. Mario Bettati, *L'asile politique en question*, Paris: Presses Universitaires de France, 1985, pàgs. 79-107.

¹⁴ David A. Martin, "Refugees and Migration", Oscar Schachter i Christopher C. Joyner, *United Nations Legal Order*, vol. 1, Chap. 8, Cambridge: Cambridge University Press, 1995, pàgs. 419-420.

¹⁵ A diferència de la perspectiva col·lectiva que adoptaven els instruments de protecció de refugiats anteriors a la segona Guerra Mundial. Fernando Mariño Menéndez, "El concepto de refugiado en un contexto de derecho internacional general", *REDI*, vol. XXXV, núm. 2, 1983, pàgs. 338-343.

¹⁶ Tot i que l'Oficina de l'ACNUR considera que res no s'oposa a que la Convenció de Ginebra sigui aplicada a supòsits d'aflluència massiva de refugiats, el sistema s'ha desbordat per l'aparició de noves situacions de persones en risc que no entren dins de la lletra de la definició de *refugiat*. Comitè Executiu del Programa de l'ACNUR, *Nota sobre protecció internacional*, presentada per l'Alta Comissaria a l'Assemblea General (A/AC.96/830), de 7 de setembre de 1994, pàgs. 16-25.

¹⁷ Stefanie Grant, "Refugee Protection in Europe", Zdzislaw Kedzia, Anna Korula, Manfred Nowak (eds.), *Perspectives of an All-European System of Human Rights Protection*, vol. 1, Kehl...: N.P. Engel Publisher, 1991, pàg. 106. Cita Grant, com a exemple, el refús d'atorgar asil als tamils de Sri Lanka cap al 1989 per part del Regne Unit amb l'argument que la persecució provada pels demandants per raons de raça, religió i nacionalitat, en definitiva, eren *experiències que resultaven de desordres civils, i no persecucions en els termes de la Convenció de les Nacions Unides*. També en aquest sentit, per exemple, la sentència abans examinada de la House of Lords (United Kingdom), de 2 d'abril de 1998, afer *Regina*

causes dels moviments forçosos de població ha fet esclatar l'estàndard del *temor fonamentat de persecució* de la Convenció de Ginebra, que ja no resulta útil per determinar un estatut de protecció en tots els casos en que aquest és necessari¹⁸.

En l'àmbit regional de la Unió Europea, arran dels fluxos de refugiats que es varen produir en el conflicte de Iugoslàvia en els anys noranta, s'ha arribat a establir un mecanisme per a la concessió de *protecció temporal* a persones que han hagut de fugir dels seus llocs d'origen de forma massiva per causa de conflictes armats, situacions de violència o perill greu de ser sotmesos a violacions sistemàtiques o generalitzades de drets humans¹⁹. En aquests casos, el Consell ha de constatar l'existència d'una *afluència massiva* i llavors es posarà en marxa el mecanisme de protecció per a una durada d'un any, prorrogable com a màxim fins a tres anys. Aquest mecanisme no resol la problemàtica de forma general, sinó que haurà de ser aplicat cas per cas, és menys estable que el refugi, i no acaba de resoldre la qüestió de la individualització. Si bé sembla que es descarta la possibilitat que els estats facin una anàlisi comparativa per concedir els beneficis de la protecció temporal, no s'estableix tampoc una protecció immediata de *grups* de persones.

133. La constatació de l'existència d'un flux massiu facilita la determinació *prima facie* que una persona ha de rebre *protecció temporal*. El mecanisme és pràcticament el mateix que en l'època de la Societat de les Nacions però, llavors, la protecció que es donava en aquests casos era la protecció com a *refugiat*. Amb la *protecció temporal*, es dilata en el temps la concessió d'una protecció més estable per a les persones que són veritables refugiats segons la Convenció de Ginebra, i es desincentiva la petició de refugi. A més, l'efecte pervers que pot provocar aquest tipus de mecanisme aplicable cas per cas de manera diferent, és una *fragmentació* de la protecció deguda als refugiats, fins i tot contrària al principi de no discriminació, i la debilitació de la protecció del *refugi*²⁰. El mecanisme de la *protecció temporal* no s'aplica només en els casos en què no s'aplica el refugi, sinó que es solapa amb ell en els casos en que la persecució pels motius enumerats en la Convenció es produeix en un context de conflicte armat o de violència generalitzada. Va més enllà dels casos en que és aplicable la Convenció de Ginebra, però erosiona la protecció del refugi en casos de fluxos massius i, en

versus Secretary of State for the Home Department (Appellant) Ex parte Adan (Respondent), supra Capítol III §91.

¹⁸ Chaloka Benayi, "Introduction", P. Weis (ed.), *The Refugee Convention, 1951. The travaux préparatoires analysed with a commentary by Dr. Paul Weis*, Cambridge International Documents Series, vol. 7, Cambridge: Cambridge University Press, 1995, pàg. xviii.

¹⁹ Directiva 2001/55/CE del Consejo de 20 de julio de 2001 relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida, DOCE de 7-8-2001, L 212/12-23.

²⁰ Ivor C. Jackson, *The Refugee Concept in Group Situations*, La Haia, Londres, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 1999, pàgs. 467-468.

definitiva, à *contrario*, sembla que es legitima la interpretació restrictiva que fan alguns estats de la noció de refugiat que exigeix un impacte diferencial o una anàlisi comparativa, com si els refugiats en conflicte armat fossin una categoria "a part" de refugiats²¹.

El dispositiu previst per tal de tractar la problemàtica dels refugiats fracassa en la seva posada en aplicació, a més, per dues raons fonamentals: primer, el sistema actual assigna arbitràriament responsabilitat jurídica completa de protecció a qualsevol estat que els demandants siguin capaços d'atansar. L'obligació de *non refoulement* aplicada respecte de qualsevol refugiat que arriba a les fronteres d'un estat no té en compte el potencial impacte que els fluxos de refugiats poden provocar en els països de primera arribada.

I, segon, una gran quantitat d'estats i, entre ells els estats europeus, consideren que l'admissió de demandants d'asil en el seu territori comporta el risc d'acceptar indirectament una font d'immigració permanent²². Des d'aquesta perspectiva, el sistema de la Convenció de Ginebra i, en general, també els règims d'*asil* han fracassat com a sistemes de protecció relativament *temporal*, per la permanència *de facto* en el territori de les persones que un dia es van veure obligades a fugir del seu lloc d'origen, però que en algun moment posterior haurien pogut tornar-hi. Això, juntament amb el canvi de context social i econòmic en els estats de rebuda europeus condueix a que es produeixi una separació cada cop major entre els interessos nacionals dels estats i els interessos humanitaris, que es vinculen amb els dels demandants d'asil²³.

Aquesta situació, en que, per una banda, el sistema de protecció de la Convenció de Ginebra s'ha anat consolidant com a indissoluble d'una protecció o *asil* territorial quasi permanent, i en que, per l'altra, això que ha estat tolerat, i fins i tot configurat pels estats en funció dels seus interessos econòmics, avui dia, ja ha deixat de ser-los favorable, ha dut a l'aplicació per part d'aquests de *polítiques de no entrada*²⁴. La tasca de *desincentivació* de l'arribada de nous demandants d'asil, s'ha fet amb un gran nombre de mesures que en general han rebut el nom de *politics of deterrence* o *deflection policies*, i que expressen la competència a la baixa que els estats han endegat el els darrers anys per tal d'evitar la rebuda de demandants d'asil²⁵.

²¹ Sobre la directiva 2001/55/CE en la relació entre protecció temporal i *non-refoulement*, *vid. infra* VII §264.

²² James C. Hathaway, *Reconceiving International Refugee Law*, The Hague-Boston-London: Martinus Nijhoff Publishers, 1997, pàgs. XVII-XIII.

²³ *Ibidem*, pàgs. XVIII-XX.

²⁴ *Ibidem*, pàgs. XX-XXI; James C. Hathaway, "The emerging politics of *non-entrée*", *Refugees*, núm. 91, 1992, pàgs. 40-41.

²⁵ Gregor Noll, *Negotiating Asylum. The EU Acquis, Extraterritorial Protection and the Common Market of Deflection*, The Hague-Boston-London: Martinus Nijhoff Publishers, 2000.

b. L'asil com a fenomen transnacional global amb una deficient adequació progressiva del marc normatiu internacional

134. La qüestió dels refugiats, com ha destacat una part de la doctrina, ha canviat de naturalesa en la segona meitat del segle XX: *ja no està lligada a una situació molt excepcional (la guerra mundial) sinó que apareix com una dada permanent de la vida internacional que afecta a la quasi totalitat dels continents*²⁶. Pel seu abast i per la seva magnitud, els moviments migratoris a escala mundial i l'arribada massiva de refugiats és un fenomen transnacional global que desborda l'àmbit de l'acció efectiva dels estats i justifica una acció de caràcter internacional. L'abast de les migracions internacionals i la dimensió que el fenomen dels refugiats ha adquirit han influït en el procés de reglamentació progressiva i dispersa d'aspectes parcials relatius a aquests nous tipus de fluxos internacionals de persones. Com la doctrina ha dit pel que fa a la situació actual, la dimensió universal que ha adquirit actualment el fenomen dels refugiats s'entén quan hom s'adona que la *supervivència de les espècies posa en relleu l'element de ficció de qualsevol poder estatal*²⁷.

Per explicar les dimensions i l'abast que en els darrers anys han adquirit els moviments forçosos de població, i els reptes que aquests comporten per a la seva gestió, Pirkko Kourula identifica cinc aspectes de particular rellevància. En primer lloc, avui dia, tant els conflictes interns com els conflictes interestatals creen fluxos de refugiats, cosa que fa gairebé impracticable una determinació individual de l'estatut de refugiat. En segon lloc, la naturalesa durable d'alguns conflictes obstaculitza la possibilitat que l'estatut de refugiat i la protecció territorial que normalment comporta finalitzin en un temps raonable o suportable per als estats d'acollida. En tercer lloc, la presència continuada de persones fora del seu territori ajorna una possible reconciliació nacional en els països d'origen dels demandants d'asil. En quart lloc, cada cop més, els moviments de refugiats són vistos com una *amença a la pau i a la seguretat internacional*, i els estats d'asil al·leguen la pròpia seguretat interna per restringir l'acollida de refugiats (sobretot, com ja s'ha vist, després dels atemptats terroristes d'11 de setembre de 2001). I, en cinquè lloc, creix el nombre d'instàncies internacionals que

²⁶ Pierre Bringuier, "Réfugiés", a *Encyclopædia Universalis* Corpus 19, Paris: Encyclopædia Universalis France S.A., 1989, pàg. 685. Per a François Crépeau, la Convenció de Ginebra és el *reflex de la guerra freda que s'instal·lava en el moment de la seva adopció* i la seva inadequació als fenòmens de finals de segle vint és *flagrant*. François Crépeau, "L'impératif renouvellement du Droit International des réfugiés", *Revue québécoise de droit international*, vol. 8, núm. 1, 1993-1994, pàg. 60.

²⁷ 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, pàgs. 39-40.

desenvolupen les seves competències en aquestes matèries, sense que aquesta activitat estigui coordinada i hi hagi un aprofitament racional de tots els esforços esmerçats²⁸.

135. En el pla internacional, la resposta de les institucions internacionals ha estat deficient i bàsicament consisteix en l'ampliació del mandat de l'ACNUR, cada cop més posat en dubte per les seves limitacions, inherents al fet de no disposar de territori propi per proporcionar protecció en algun lloc als demandants d'asil. En el pla regional europeu, l'acarament de les noves situacions de migracions forçoses ha coincidit amb el procés d'implantació d'un espai territorial únic per a la Unió Europea i, això, a la pràctica, lluny d'afavorir una millora de la resposta regional a aquests fenòmens, ha significat un replegament dels estats en els seus interessos nacionals enfront d'uns fluxos migratoris forçosos percebuts com a amenaces a la seguretat, com es veurà en els Capítols VIII i IX.

En el context europeu, els creixents nivells d'integració econòmica han conduït a la generalització de la llibertat de circulació, primer, per als agents econòmics i, més tard, per als *ciutadans de la Unió*. Malgrat aquest espai *únic* europeu requeriria per al seu funcionament òptim una coordinació efectiva de les polítiques que tinguin a veure amb les fronteres exteriors del mateix i, així, també de les polítiques sobre migracions i les polítiques d'asil, el cert és que, ben al contrari, tot i els intents d'harmonització normativa, fins fa ben poc, el projecte d'unificació s'ha desenvolupat parcialment i depenent dels interessos dels estats, cosa que els ha permès *reconceptualitzar els fluxos de refugiats com a cres per a la coordinació, i procedir amb impunitat d'acord amb polítiques generalitzades de dissuasió*²⁹.

2. La reconstrucció conceptual del fenomen dels refugiats i demandants d'asil entorn de la noció de migració forçosa

a. Un marc conceptual obsolet i empobrit

136. El Dret de l'asil i el refugi actuals són expressió obsolescent del marc conceptual que existeix per fer referència als nous fenòmens de moviments de població, que inclouen refugiats i demandants d'asil. Aquest marc només contempla una *perspectiva individual* en relació als fluxos de població i, sovint, ha estat incapaç d'adaptar-se o d'aplicar-se amb una certa flexibilitat davant fenòmens que requeririen una aproximació *col·lectiva*.

²⁸ Pirkko Kourula, *Broadening the Edges. Refugee Definition and International Protection Revisited*, The Hague...: Martinus Nijhoff Publishers, 1997, pàgs. 7-8.

²⁹ James C. Hathaway, "Harmonizing for Whom? The Devaluation of Refugee Protection in the Era of European Economic Integration", *CILJ*, vol. 26, 1993, pàg. 734.

La definició de *refugiat* de la Convenció de Ginebra de 1951 posa l'accent en el fet que *la persona* està en risc de persecució per causes que es refereixen únicament a l'individu (raça, religió, nacionalitat, pertinença a un determinat grup social o opinions polítiques), i en que està fora dels límits de la competència territorial de l'estat d'origen. Aquesta perspectiva *individualitzadora* és coherent amb l'aproximació també individual a la qüestió dels drets humans que va presidir el període immediatament posterior a l'acabament de la segona Guerra mundial, que es reflecteix per exemple a la Declaració Universal de Drets Humans citada en el preàmbul de la Convenció de Ginebra. El Dret del refugi estava concebut per procurar protecció enfront de perills greus vinculats a l'estatut civil o polític de persones que es consideraven refugiades i, per tant, els individus que temien un perill per causes diferents de les previstes estaven exclosos del seu àmbit d'aplicació³⁰. Amb tot, el desenvolupament real d'aquest Dret ha conduït a una certa confusió entre els diferents fenòmens migratoris, degut a la flexibilitat amb què s'ha aplicat el mandat de l'ACNUR, que contrasta amb la rigidesa amb què els estats han interpretat, en general, la definició de *refugiat* de la Convenció de 1951.

137. La multiplicació de fenòmens de moviments de població causats per circumstàncies no particularitzades ha comportat que els estats tendeixin a refusar les demandes que tenen el seu origen en fenòmens d'ample abast, que comporten una desestructuració de l'estat i de la societat a la que els demandants pertanyen. En molts d'aquests casos, els estats apliquen el paradigma interpretatiu de la seguretat i es refusa donar protecció sense que s'hagi fet una veritable anàlisi de les circumstàncies específiques de la persona que sol·licita asil, és a dir, si està en una situació raonable de risc de ser perseguida *a causa d'allò que és o d'allò que creu*³¹. Aquesta aproximació escassament liberal en el sentit que abans s'ha donat a aquest terme, es basa en l'error de confondre la necessitat de determinar el risc de la persona en base a les seves circumstàncies particulars, amb la idea que l'estatut de refugiat hauria d'estar basat en un conjunt de fets *completament personalitzats*³². Com s'ha vist en el Capítol III.B., aquesta no és l'única perspectiva possible de la protecció internacional dels refugiats, ni tampoc la més coherent amb el propòsit humanitari de la Convenció de Ginebra, però sí que ha estat molt present en els darrers temps, en què, les societats dels estats occidentals tendeixen a un replegament identitari davant la immigració percebuda com a amenaça, i en què la complexitat dels fenòmens de migració contemporanis fa que la motivació per

³⁰ James C. Hathaway, "Refugee status arising from generalised oppression", Gudmundur Alfredson, Peter Macalister-Smith (eds.), *The Living Law of Nations. Essays on refugees, minorities, indigenous peoples and the human rights of other vulnerable groups in memory of Atle Grahl-Madsen*, Kehl,...: N.P.Engel Publisher, 1996, pàg. 63. La definició de refugiat de la Convenció dona una resposta parcial als problemes plantejats, segons S.B. Young, "Between Sovereigns: A Reexamination of the Refugee's Status", *Transnational Legal Problems of Refugees, Michigan Yearbook of International Legal Studies*, New York: Clark Boardman Company, Ltd., 1982, pàgs. 348-351.

³¹ James C. Hathaway, "Refugee status arising from generalised oppression", *loc. cit.*, pàg. 62.

³² *Ibidem*.

a la fugida basada en la persecució es *confongui* amb tota una situació percebuda com a inaprehensible.

138. La inadequació de la protecció de la Convenció de Ginebra de 1951 als nous fenòmens col·lectius de refugiats prové, així, menys de la definició individual de *refugiat* que s'hi preveu que de les opcions que els estats d'acollida han fet davant de fenòmens només fins a cert punt inesperats i nous quant a la seva dimensió col·lectiva. La pròpia incapacitat de fer front a fenòmens de major abast ha justificat sovint aquesta opció reduccionista. Malgrat tot, cal tenir present que la dotació de mitjans adequats per a la implementació del règim de la Convenció de Ginebra depèn dels mateixos estats, de la seva voluntat política, i de les seves capacitats econòmiques i socials reals³³.

Després de la conclusió de la Convenció de Ginebra, el domini de la tradició positivista i el discurs despolititzat van tenir conseqüències en la comprensió de la definició de refugiat. Per un costat, tots els esforços de millora tècnica i jurídica dels procediments es van veure abocats al fracàs quan l'estratègia dels estats consistia precisament en evitar l'accés dels demandants d'asil a aquells procediments i formes de protecció. Per l'altra, es va produir un *procés de fragmentació intel·lectual* que va separar la qüestió dels refugiats de l'àmbit més general de la protecció dels drets humans³⁴. Això va suposar una reducció del context interpretatiu tant del principi de *non-refoulement* com de la mateixa definició de refugiat³⁵, i ha significat que les mancances i limitacions conceptuais apareguin com a força més radicals quan la perspectiva dels drets humans ha estat menystinguda i no s'ha possibilitat evolució a través de la interpretació.

Com ja ha estat posat de manifest per Denis Alland, el debat no es situa avui dia en la facultat dels estats d'assignar protecció sinó més aviat en la *utilització* que en fan aquests, que és *susceptible de buidar de contingut els principis del dret de l'asil en el seu conjunt*³⁶.

L'aproximació als refugiats que fa la Convenció de Ginebra de 1951 continua sent útil per fer front l'absència de protecció de persones perseguides per motiu de raça, religió, nacionalitat, pertinença a un determinat grup social o opinions polítiques. En tot cas, la interpretació de la definició de refugiat podria ser més eficient, i l'aplicació

³³ Polítics de renom s'han entestat amb discursos alarmistes a justificar que l'afluència massiva de refugiats i demandants d'asil, són una de les raons per que en algunes ciutats d'Europa s'hagin *sobrepasat els límits de la capacitat d'acollida*. Per exemple, Helmut Schmidt, *La autoafirmación de Europa*, (traducció de María Esperanza Romero i Richard Gross), Barcelona: Galaxia Gutenberg-Círculo de Lectores, 2002, pàg. 25.

³⁴ Sobre les conseqüències d'aquesta aproximació positivista, Bhuppinder S. Chimni, "The Geopolitics of Refugee Studies: A View from the South", *JRS*, vol. 11, núm. 4, 1998, pàgs. 352-355.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Denis Alland, "Le dispositif international du droit de l'asile. Rapport général", *loc. cit.*, pàg. 68. Segons aquest autor aquest fet explicaria l'aparició i la consagració jurídica de la idea que els estats haurien de tenir motius que justifiquessin una reducció o desaparició de l'asil, cosa que eliminaria o reduiria el seu poder discrecional en la matèria.

pràctica de l'estatut de refugiat i de la protecció que s'hi assigna podrien millorar, bé amb l'establiment d'una instància internacional per al desenvolupament empíric de la Convenció, bé realitzant una internacionalització més acurada de tot el règim sobre refugi. La resta de fenòmens migratoris que comporten necessitats de protecció, formats per *demandants d'asil* en sentit ampli, i persones desplaçades, hauria de partir de perspectives diferents que abastessin la problemàtica d'un fenomen en els nostres dies essencialment col·lectiu, però que també implica procurar un estatut de seguretat i protecció individual segons un estàndard òptim de protecció dels drets humans.

b. Propostes per a una reconstrucció conceptual del fenomen dels refugiats i demandants d'asil entorn de la noció de migració forçosa

139. La doctrina ha plantejat diverses perspectives o *models* des del pressupòsit que el marc conceptual del refugi i l'asil ha de ser unitari³⁷ i capaç d'abastar els diferents fenòmens de migració col·lectiva. Destaquen, en primer lloc, el *model* que parteix de la desvinculació de l'individu del seu estat d'origen o *model de l'apatridia*; en segon lloc, el *model* que s'anomena dels drets humans; i, en tercer lloc, el *model* de la *migració forçosa*³⁸.

El primer plantejament es basa en la dissolució efectiva del vincle de la nacionalitat, o bé en l'existència d'una situació de manca d'efectivitat d'aquest vincle on les conseqüències siguin les mateixes. L'estatut de refugiat, en aquest sentit, tindria el seu origen en una necessitat de protecció internacional que respondria a una anomalia del sistema internacional interestatal. Un règim basat en aquesta perspectiva hauria d'abastar les persones desplaçades fora del territori del seu estat d'origen, encara que no siguin estrictament víctimes de *persecució* en el sentit de la Convenció de Ginebra. Aquest model resulta poc convincent precisament perquè posa l'accent en l'estat i en la seva relació amb les persones i, aquesta relació, en general, és cada cop menys important en un context de globalització creixent i on els moviments de població són cada cop de major importància.

El segon plantejament o *model* posa en relleu les implicacions humanitàries de la protecció, i es centra en la construcció de formes de solució dels problemes d'aquelles

³⁷ Les bases existents per a un marc jurídic de les migracions internacionals manquen actualment d'homogeneïtat conceptual. S'hauria de poder arribar a una *clarificació* del concepte de *moviments de població internacionals*, identificar les qüestions relatives a l'interès internacional, alhora que postular l'establiment d'un règim comú adaptat a la realitat, i de principis i normes aplicables a aquests fenòmens. 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, pags. 44-45.

³⁸ Aquests *models* han estat identificats per Alexander, T. Aleinikoff, "From 'Refugee Law' to the 'Law of Coerced Migration'", *Immigration Law: United States and International Perspectives on Asylum and Refugee Status*, Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Journal, vol. 16, núm. 4, 1994, pags. 25-28.

persones que, mancades dels seus drets més bàsics o *bens socials primaris*, fugen cercant la recuperació del seu gaudi³⁹. L'atenció de la protecció recau en la víctima de persecució o de situacions que empenyen algú a marxar del propi entorn vital. Aquesta concepció implica prendre en consideració la situació dels estats d'origen i plantejar també la protecció de les persones en risc com una qüestió *a priori* temporal.

Per últim, el model de la *migració forçosa* parteix de la idea que *hom fuig del perill*, i abasta tant persones que han travessat les fronteres dels seus països d'origen com desplaçats interns que han fugit tant per les causes enunciades a la Convenció de Ginebra de 1951, com per altres causes, i que es troben en una situació de *necessitat de protecció* similar. Aquest últim model dona cobertura a les diferents modalitats dels fenòmens migratoris que comporten necessitats de protecció, identifica l'absència d'una comunitat com a un dels danys fonamentals i concep la solució dels problemes tant des de la perspectiva d'una protecció limitada en el temps, com des de la idea de la restauració d'una *comunitat* com a context de la realització d'un projecte de vida personal⁴⁰. La categoria de la *migració forçosa* comporta una flexibilització de les formes d'ajut i permet la presa en consideració de les demandes de protecció legítimes basades en circumstàncies noves⁴¹.

Els dos últims models poden arribar a confondre's per les característiques d'alguns dels moviments migratoris actuals, o tenir un *àmbit personal* de protecció coincident durant un temps, ja que parteixen de la idea de la preservació d'un nucli de drets humans essencials o *ecological human rights*. És a dir, si s'entén que, en definitiva, l'asil és un instrument per a la preservació de la vida com a bé suprem i per a la recuperació d'unes possibilitats d'existència digne⁴².

³⁹ Es situarien en aquesta línia James C. Hathaway, "Reconceiving Refugee Law as Human Rights Protection", K.E. Mahoney, i P. Mahoney (eds.), *Human Rights in the Twenty-first Century: A Global Challenge*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1993, pàgs. 659-678; Pirkko Kourula, *Broadening the Edges. Refugee Definition and International Protection Revisited*, op. cit.; i Michael J. Parrish, "Redefining the Refugee: The Universal Declaration of Human Rights as a Basis for Refugee Protection", *Cardozo Law Review*, vol. 22, núm. 1, 2000, pàgs. 223-267.

⁴⁰ La restauració d'una *comunitat* és un element que ha estat destacat per diversos autors en relació a la noció de *solució* de la problemàtica dels refugiats i demandants d'asil, per exemple, James C. Hathaway, "Reconceiving Refugee Law as Human Rights Protection", *JRS*, vol. 4, núm. 2, 1991, pàgs. 114-121; Donatella Luca, "La notion de «solution» au problème des réfugiés. Un essai de définition", *Revue de Droit International, de Sciences Diplomatiques et Politiques*, 1987, pàg. 3; Roda E. Howard, *Human Rights and the Search for the Community*, Boulder (Colorado, USA): Westview Press, 1995; Daniel Warner, "The Community of the Refugee", *IJRL*, vol. 3, núm. 4, 1991, pàgs. 731-734.

⁴¹ Dels tres models, qui els identificà i donà nom, es decanta pel model de la *migració forçosa*. Alexander T. Aleinikoff, "From «Refugee Law» to the «Law of Coerced Migration»", loc. cit., pàgs. 25-28.

⁴² Pel que fa a aquesta idea de *nucli essencial de drets*, Sadruddin Aga Khan, "Population movement: its effect on European stability", Gudmundur Alfredson, Peter Macalister-Smith (eds.), *The Living Law of Nations. Essays on refugees, minorities, indigenous peoples and the human rights of other vulnerable groups in memory of Atle Grahl-Madsen*, Kehl,...: N.P.Engel Publisher, 1996, pàg. 4; Rafael Asís Roig, "Problemas filosófico-jurídicos en torno a los derechos fundamentales de los extranjeros", Fernando Mariño Menéndez i altres, *Derecho de extranjería, asilo y refugio*, Madrid: Ministerio de Asuntos Sociales-INSERSO, 1995, pàgs. 23-30; Javier de Lucas, "Fundamentos filosóficos del Derecho de asilo",

La diferència entre un i altre rau en la qüestió de la motivació individual o col·lectiva de la migració, tot i que sovint, a la pràctica, és difícil desllindar els diferents motius d'una acció migratòria. Les *migracions forçoses* causades per la desaparició dels mitjans bàsics de subsistència estan basades en una necessitat existencial, individual i col·lectiva, són *migracions de supervivència* o, en definitiva, per motius econòmics⁴³. Les *migracions forçoses* poden estar motivades no exclusivament per raons relatives a la idea de necessitat existencial en el sentit de supervivència, sinó que també poden estar causades per l'exclusió de la societat d'origen, per part de qui té una posició de domini respecte de persones que, per això, es troben en una situació de *necessitat de protecció*.

Els demandants d'asil són, per tot això, persones que, bé temen ser perseguides en el seu país d'origen, és a dir, *refugiats*; bé tenen una necessitat de protecció anàloga, en la mesura que formen part d'un fenomen de *migració forçosa*.

c. La necessitat de protecció

140. La *necessitat de protecció* va més enllà de la noció de persecució clàssica, que forma part de la definició de refugiat, i evoca una situació de manca més àmplia que l'absència de llibertat o drets per motius ètnics, nacionals, religiosos, socials o polítics. Malgrat això, la noció de persecució continua sent útil en el marc de la Convenció de Ginebra i com a paràmetre d'interpretació d'altres situacions⁴⁴. Les migracions forçoses actuals estan composades per persones que poden ser considerades com a refugiats en el sentit de la Convenció de Ginebra, i també per altres persones que tenen una necessitat de protecció anàloga.

El concepte *necessitat de protecció* no suposa una ampliació il·limitada de la noció de *persecució* dins del marc de la protecció dels drets humans, ni tan sols quan es produeixen violacions manifestes, flagrants o massives. No és la causa sinó el resultat que produeix en determinades persones o grups de persones allò que és determinant de la necessitat de protecció.

La distinció entre un immigrant forçós i els altres immigrants és, en darrera instància, una qüestió relativa al *grau d'opció*⁴⁵. Per a Niraj Nathwani, el concepte de *necessitat* capta la distinció entre un *immigrant*, que pot triar quedar-se, tot i les dures

Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, núm. 4, 1995, pàgs. 46-50; André Glucksmann, "Des guerres à venir...", *Politique internationale*, núm.65, tardor 1994, pàgs. 49-68.

⁴³ Klaus J. Bade, *Europa en movimiento. Las migraciones desde finales del siglo XVIII hasta nuestros días*, Barcelona: Crítica, 2003, pàg. 10.

⁴⁴ No es tracta doncs de prescindir d'aquesta noció, cosa que tindria implicacions difícilment acceptables per als estats, com exposa Satvinder Singh Juss, *International Migration and Global Justice*, Aldershot: Ashgate, 2006, pàg. 201-207.

⁴⁵ Niraj Nathwani, *Rethinking Refugee Law*, La Haia, Londres, Nova York: Martinus Nijhoff Publishers, 2003, pàg. 29.

condicions en què hagi de desenvolupar la seva vida, i un *refugiat* (en sentit ampli), que no pot, essent realistes, triar el mateix⁴⁶.

La identificació exacta de quins són els components del nucli bàsic de drets la mancança dels quals exigeix alguna forma de protecció varia segons els autors, però, en general, la noció dels *basic rights*, que serien els drets de subsistència, seguretat, i llibertat⁴⁷, s'ajusta més al model dels drets humans; i la noció dels *bens socials primaris*, és a dir drets, llibertats i oportunitats⁴⁸, casa millor amb el model de la migració forçosa. De tota manera, tant des d'una perspectiva com des de l'altra, continua sent vàlid el postulat segons el qual, l'asil hauria de ser atorgat *a les persones respecte de qui els seus governs fracassen en protegir les seves necessitats bàsiques, que no tenen cap altre recurs que cercar la restitució internacional d'aquestes necessitats i que es troben en situació tal que l'assistència internacional és possible*⁴⁹.

141. Pel que fa a quin és el contingut i la justificació d'aquest nucli de *bens socials primaris* o *drets bàsics* o *fonamentals*, diversos autors ho han acarat des de la filosofia moral i política, sobretot en el marc del debat relatiu a liberalisme, multiculturalisme, relativisme cultural i drets col·lectius i de les minories. Entre aquests, les contribucions de Luigi Ferrajoli en la identificació del criteri axiològic dels drets fonamentals de la *lleï del més dèbil*, i la teoria de la *societat decent* de Avishai Margalit, resulten especialment útils a l'hora de donar contingut a la *necessitat de protecció* que caracteritza els refugiats i demandants d'asil en el marc de migracions forçoses.

Per a Luigi Ferrajoli quatre són els criteris axiològics dels drets fonamentals: igualtat, democràcia, pau i la *lleï del més dèbil*. El darrer d'aquests valors universals que es realitzen a través dels drets fonamentals implica que tots aquests drets, del dret a la vida, als drets de llibertats i els drets socials, poden ser definits com a lleis del més dèbil, *en alternativa a la lleï del més fort que imperaria en la seva absència: de qui és més fort físicament com en l'estat de la naturalesa hobbesià; de qui és més fort políticament, com en l'estat absolut; de qui és més fort econòmicament i social, com en el mercat capitalista*⁵⁰. Quan no poden justificar-se en aquest darrer fonament els drets positivament reconeguts en un ordenament jurídic, tal com són implementats, l'entorn

⁴⁶ *Ibidem*, pàgs. 28-29. Traslladant aquesta idea a la legitimitat dels controls migratoris, això significa que (m)orally, necessity explains the conditions under which it would be unfair to enforce immigration control by deportation and punishment: Practically, necessity explains the conditions under which immigration control is not feasible at a reasonable cost versus individuals (pàg. 48).

⁴⁷ Henri Shue, *Basic Rights. Subsistence, Affluence and U.S. Foreign Policy*, Princeton (New Jersey): Princeton University Press, 1980, pàgs. 13-34.

⁴⁸ John Rawls, *Teoría de la Justicia*, (traducció de Maria Dolores González), 1979, reimpressió 1995 (primera edició en anglès, 1971), pàg. 114.

⁴⁹ Andrew E. Shacknove, "Who Is a Refugee?", *Ethics*, vol. 95, gener de 1985, pàg. 284.

⁵⁰ Luigi Ferrajoli, "Los fundamentos de los derechos fundamentales", part III del llibre col·lectiu Antonio de Cabo, i Gerardo Pisarello (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, traducció de Perfecto Andrés, Antonio de Cabo, etc., Madrid: Trotta, 2001, pàg. 316.

social i polític en que es desenvolupa aquest ordenament serà susceptible de produir refugiats o demandants d'asil, en sentit ampli. Entendre els drets fonamentals com a *lleis del més dèbil* suposa veure aquests com a criteris que permeten *traçar els confins entre el respecte a tots els individus pel fet de ser persones, i el degut a les seves diferències culturals*⁵¹. Optar per tutelar un dret com a fonamental suposa sostreure'l de la política, dels drets de les majories contingents i, per un altre costat, del mercat, *com a dret inviolable, indisponible i inalienable*⁵².

En el cas d'Avishai Margalit, que considera que les *societats decents* són les societats *no humiliants*, on les seves institucions no humilien els individus que es troben sota la seva autoritat i on les persones que en són parts no s'humilien els uns els altres, és especialment interessant la definició d'*humiliació* en relació a la violació de drets. Segons aquesta concepció, la violació de drets humans pot ser un exemple paradigmàtic d'*humiliació*, però és *quelcom més* que això, és el resultat de gests humiliants que violen la dignitat humana. El concepte d'*humiliació* té a veure amb el *rebuig de la comunitat humana*, que es basa, no en una creença o actitud segons la qual la persona rebutjada és simplement un objecte o un animal, sinó que *consisteix en actuar 'com si' la persona fos un objecte o un animal*; i, per tant, *el rebuig consisteix en tractar els humans com a infrahumans*⁵³.

La noció de *necessitat de protecció* en el cas dels demandants d'asil i, fins i tot el concepte més estricte de *persecució* en el cas dels refugiats, comparteixen amb la idea d'*humiliació* de les societats no decents el fet que es refereixen a una imatge de respecte de la dignitat humana dels individus que transcendeix allò que significa simplement la violació de drets, inclosos els drets humans. En tots aquests casos, però sobretot en el cas de les nocions de *necessitat de protecció* i d'*humiliació* (ja que pel que fa a *persecució* existeix una definició normativa) hom s'està referint a qüestions per a les quals només pot establir-se un contingut concret i estricte en relació a circumstàncies socials, polítiques i de temps també concretes. En funció del context evolucionarà el seu contingut, perquè també en funció del context canviaran les percepcions generals de les nocions d'honor, dignitat, integritat i respecte.

B. APUNTS D'UN MARC TEÒRIC EN L'APROXIMACIÓ JURÍDICA A LES MIGRACIONS FORÇOSES

⁵¹ *Ibidem*, pàg. 369.

⁵² *Ibidem*, pàg. 368.

⁵³ Avishai Margalit, *La sociedad decente*, traducció de Carme Castells Auleda, Barcelona-Buenos Aires-México: Paidós, 1997, especialment Capítols 3 i 6, pàgs. 45-53 i 81-97.