

narra una situació de risc per a la seva vida en cas de ser retornat a Sudan o Eritrea per causa de les seves creences polítiques. Supòsit que ha de ser analitzat i examinat amb major detall per l'administració, car pot ser, en principi, subsumible dins dels casos descrits a la Convenció. Tinguis en compte, a més, que la devolució, directa o per via indirecta, a un país amb risc per a la seva integritat física podria suposar una violació del principi de "no devolució" recollit a l'art 33 de la Convenció. Es cert que a la proposta també es diu que aquestes manifestacions no són creïbles i s'apunta la possible falsedat de la tarja de refugiat que aporta, però la Resolució no refusa la veracitat de les al·legacions, limitant-se a indicar que les mateixes no constitueixen un supòsit d'asil. Essent, per tant, no conforme a dret la causa d'inadmissió invocada, procedeix l'estimació del recurs, que ha de limitar-se a ordenar l'admissió de la sol·licitud i sens perjudici del que pugui resultar de la tramitació de l'expedient d'asil¹¹¹.

a.3. Les demandes d'asil presentades per polissons a bord de vaixells

411. Les demandes d'asil presentades per polissons a bord de vaixells que han arribat a ports espanyols presenten algunes particularitats, pel fet que encara no han pogut trepitjar terra quan demanen sol·licitar asil. En aquests casos, segons les *Instruccions* adreçades als agents de policia, en primer lloc un agent acompanyat d'un metge o un membre de la Creu Roja examinaran la situació en el vaixell, i determinaran si el polissó pot restar a bord en condicions satisfactòries. Si es considera que la persona no necessita assistència mèdica immediata i que les condicions són adequades, en principi, el polissó restarà en el vaixell fins que s'adopti una decisió sobre l'admissibilitat de la seva sol·licitud. Només si les condicions no són satisfactòries, o bé el vaixell té previst marxar abans que acabin els terminis previstos per a la decisió, el polissó serà autoritzat a desembarcar i conduït a una dependència fronterera.

Si la demanda és considerada inadmissible, la persona haurà de continuar el viatge en el vaixell i, si havia desembarcat, es considerarà que l'*entrada* en el territori ha estat il·legal i haurà de ser retornat o repatriat¹¹².

¹¹¹ Audiència Nacional, contencións administratiu, secció 1ª (E), sentència de 17 de desembre de 2003, núm. Recurs 620/2002, *Aranzadi Westlaw* JUR 2004\137968. L'Audiència Nacional també ha estimat altres recursos en què es considerava que no s'al·legaven causes relatives al dret d'asil o que el relat del demandant era inversemblant, quan, més enllà de consideracions formals, hi ha elements que exigeixen un examen complert del fons de la demanda de protecció; Audiència Nacional, contencións administratiu, secció 1ª (E), sentència de 30 de juny de 2004, afer *D. Antonio*, núm. 664/2003, *Aranzadi Westlaw* JUR 2004\235101, en un cas d'una persona que provenia del Camerun i que mostrava indicis de persecució per causes polítiques; Audiència Nacional, contencións administratiu, secció 4ª (E), sentència de 16 de juny de 2004, afer *Franco* núm. 453/2003, *Aranzadi Westlaw* JUR 2004\235708, en un cas d'un activista guineà que aportava informació sobre la situació en què es trobava d'Amnistia Internacional i d'estudis fets a la UAB; Audiència Nacional, contencións administratiu, secció 1ª (E), sentència de 9 de juny de 2004, afer *Braulio*, núm. 1204/2002, *Aranzadi Westlaw* JUR 2004\253576, també en el cas d'un activista guineà en què es considerava que el seu relat de persecució no era genèric ni imprecís com per merèixer ser inadmissió a tràmit; Audiència Nacional, contencións administratiu, secció 8ª (E), sentència de 25 de maig de 2004, afer *Don Gonzalo*, núm. 187/2002, *Aranzadi Westlaw* JUR 2004\189085, en el cas d'un guineà respecte de qui l'ACNUR havia emès un informe favorable; Audiència Nacional, contencións administratiu, secció 8ª (E), sentència de 18 de maig de 2004, afer *Don Benito*, núm. 198/2003, *Aranzadi Westlaw* JUR 2004\189478, en un cas de probable persecució per motius religiosos a Nigèria.

¹¹² *Instrucció número 5-bis a)/94 de la Secretaria de Estado de Interior, sobre el tratamiento a polizones, Dirección General de la Policía, Orden General, 26 de setembre de 1994, núm. 957; i*

El dret de sol·licitar asil és un dret reconegut a l'article 13 de la Constitució espanyola que també és aplicable en casos de polissons a bord de vaixells arribats a ports espanyols i, el seu exercici, com ha tingut ocasió de dir el Tribunal Suprem, no pot ser *impedit* per funcionaris públics negant-se a rebre una sol·licitud d'asil presentada per un advocat en el seu nom¹¹³. Malgrat això, en alguns casos, aquestes directrius no han estat aplicades correctament, com en el cas del port d'Algesires, en què només s'aplicaven als vaixells que ja havien entrat a port, o en el cas de l'afer *Lambda*, en què, segons Amnistia Internacional l'abril de 2002 es va refusar la tramitació de les demandes d'asil de 6 polissons nacionals del Camerun i de Sierra Leone perquè el port de Sagunt al qual van arribar en vaixell no era punt fronterer¹¹⁴.

b. L'admissió en el territori dels demandants d'asil a Bèlgica

412. A Bèlgica, després de les modificacions de la *Loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers* per tal

Instrucción 3/98, 17 de novembre de 1998.

¹¹³ El Tribunal Suprem va refusar un recurs contra una sentència de l'Audiència Nacional que va condemnar el *Comisario Principal de la Jefatura de Documentación de Valencia* com a autor d'un delictes consistent en *impedir l'exercici d'un dret cívic*, pel fet de donar l'ordre de que no fos admesa a la *Comisaría del Puerto Autónomo* (lloc fronterer) la sol·licitud d'asil de Daniel J., de nacionalitat liberiana, que havia presentat en nom seu l'advocat de la CEAR (*Comisión Española de Ayuda al Refugiado*), i també que no fos permès al sol·licitant baixar del buc on es trobava (en el moment dels fets regia la versió de la llei que lligava la sol·licitud d'asil a l'admissió en el territori). En aquest cas es va dir que

La decisión de conceder o denegar asilo corresponde al Gobierno (artículo 1º de la Ley 5/1984), no reconociendo la Ley a los extranjeros el derecho a que les sea concedido ("protección graciable", artículo 2º). Pero sí reconoce la Ley con carácter genérico e indiferenciado a todo extranjero, el derecho a solicitarlo, que produce como efecto inmediato (artículo 4.2 de la Ley, en su redacción vigente cuando ocurrieron los hechos), la admisión provisional del extranjero solicitante. En el caso actual la solicitud de asilo se fundaba de modo expreso en la alegación de existencia de un riesgo para la vida del solicitante, que en su escrito de solicitud de asilo manifestaba haber tenido que huir de su país con motivo de una revuelta en la que participó su familia, habiendo resultado asesinados sus padres. Se trataba de un estudiante de 23 años, calificado de "político clandestino" en la documentación aportada con la solicitud y procedente de un país donde los derechos humanos no están garantizados, estando apoyada su petición por la CEAR, tras una entrevista personal con él del representante en Valencia de la CEAR. Con independencia de que dichas circunstancias y singularmente el riesgo de represalias políticas en su país de origen, pudiesen o no ser confirmados en la tramitación del expediente, es lo cierto que impedir que la solicitud de asilo pudiese siquiera llegar a ser considerada por el Organismo Competente, mediante el procedimiento de negarse a recibirla, constituye una actuación que impide el ejercicio de un derecho cívico reconocido por nuestro país, e integra, en consecuencia el tipo objeto de aplicación

Tribunal Supremo [Sala penal] (E), sentència de 17 d'octubre de 1995, núm. 100/1995 (recurs núm. 3703/1994), *Aranzadi Westlaw* RJ 1995\7611, fonament 2 (5).

¹¹⁴ *Rapport de M. Alvaro Gil Robles, Commissaire aux Droits de l'Homme, sur sa visite en Espagne 10-19 mars 2005 à l'attention du Comité des Ministres et de l'Assemblée parlementaire*, CommDH(2005)8, Estrasburg, 9 de novembre de 2005, §100.

d'implementar els convenis de Schengen i Dublín, hi ha dues fases en l'admissibilitat de les demandes d'asil.

b.1. Examen preliminar de l'admissibilitat: la responsabilitat de fer-se càrrec de la demanda

413. L'estranger que pretén entrar en el territori sense complir les condicions fixades a la llei per fer-ho, pot *declarar-se refugiat* a la frontera, o bé, si ha aconseguit entrar il·legalment, fer-ho en un termini de vuit dies. A partir d'aquest moment, en una etapa preliminar, l'*Office des étrangers*, delegat del Ministeri de l'interior, *determina l'estat responsable de l'examen de la demanda d'asil, en aplicació dels convenis internacionals en què Bèlgica és part*¹¹⁵. La transferència cap un altre estat responsable d'examinar la demanda d'asil i de fer-se càrrec del demandant ha de poder-se fer en el termini de dos mesos. Si s'esgota aquest termini, durant el qual la persona pot ser mantinguda en situació de privació de llibertat, i el demandant no ha estat objecte d'una mesura de *refoulement* executòria, igual que passa si no s'emet, quan és preceptiu fer-ho, una decisió de pròrroga de la mesura de detenció de les persones que han de ser allunyades o expulsades del territori, o s'escolen els terminis màxims (cinc o vuit mesos)¹¹⁶, les persones afectades i, per tant, també aquelles que siguin demandants d'asil, estaran autoritzades a entrar en el territori de Bèlgica¹¹⁷.

Si Bèlgica és l'estat responsable, la demanda d'asil passa per una altra etapa abans de ser examinada d'acord amb el procediment ordinari de determinació de l'estatut de refugiat.

b.2. Examen de l'admissibilitat de la demanda. L'autorització d'entrada en el territori del demandant d'asil

414. Es tracta d'un procediment previ d'admissió en el territori per als demandants d'asil en frontera, d'acord amb el qual, *el ministre o el seu delegat pot decidir que l'estranger que prova de penetrar en el Regne sense satisfer les condicions de l'article 2 (condicions per entrar en el territori per als estrangers) que es declara refugiat i demana a la frontera ser reconegut com a tal, no serà autoritzat a entrar en el territori i en conseqüència serà refusat per les autoritats encarregades del control a les fronteres*, si es donen determinades circumstàncies (article 52 de la Llei de 15 de desembre de 1980). La mateixa redacció del precepte, en termes negatius, és significativa del seu objecte: evitar l'autorització d'entrada de determinats demandants d'asil per evitar fer-se'n càrrec. Per evitar una aplicació poc consistent de la possibilitat de no autoritzar l'entrada en el territori,

¹¹⁵ Article 51/5 §1 de la *Loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers*, Dernière modification: loi de 2 août 2002, *Moniteur Belge*, 29 VIII 2002.

¹¹⁶ *Vid. Infra*, XII. B. 2. c.

¹¹⁷ Article 74/5 § 4 de la *Loi du 15 décembre 1980*.

el Consell d'estat belga ha reiterat en diverses ocasions la necessitat d'una fonamentació correcta de les decisions negatives¹¹⁸.

L'article 52 de la Llei de 15 de desembre preveu les causes en què es pot recolzar una decisió d'inadmissibilitat. En primer i darrer lloc es contemplan dues condicions relatives al fons de la sol·licitud, com són, que la demanda estigui *manifestament fonamentada en motius aliens a l'asil, en particular perquè és fraudulenta o perquè no està relacionada ni amb els criteris previstos per l'article 1.A (2) de la Convenció internacional relativa a l'estatut dels refugiats, signada a Ginebra el 28 de juliol de 1951, ni amb altres criteris que justifiquin l'atorgament d'asil* (apartat 2 del paràgraf 1 de l'article 52); i que la demanda estigui *manifestament no fonamentada perquè l'estranger no proporciona elements sobre que existeixi, en allò que l'afecta, indicacions serioses d'un temor fonamentat de persecució en el sentit de la Convenció internacional* (apartat 7 del paràgraf 1 de l'article 52). El *Conseil d'État* belga ha tingut ocasió de precisar en algunes decisions el sentit d'aquesta previsió normativa sobre les circumstàncies que justifiquen considerar una demanda d'asil *manifestament infundada*, amb interpretacions, sovint, favorables al demandant d'asil¹¹⁹.

¹¹⁸ La jurisprudència belga, com en altres països, ha posat en relleu la importància que té per als demandants d'asil la motivació formal de les decisions de les autoritats que determinen la inadmissibilitat de sol·licituds d'asil pel fet de considerar-se *manifestament infundades*. En una decisió del *Conseil d'État* belga de 20 de juny de 1996, per exemple, es va decidir suspendre provisionalment *in extremis* l'execució d'una decisió de *refoulement* respecte d'una dona que provenia del Zaire. La seva demanda d'asil havia estat considerada *manifestament infundada* només perquè havia estat refusada la qualitat de refugiat al seu marit, sense tenir en compte que aquesta decisió respecte del marit havia estat objecte d'un recurs que encara estava pendent de ser resolt davant de la *Commission permanente des recours des réfugiés*

Considérant qu'il n'est pas contesté que la décision prise le 6 juillet 1995 à l'égard du requérant mari de la requérante, par le Commissaire général lui refusant l'asile politique a fait l'objet, le 20 juillet 1995, d'un recours à la Commission permanente des recours des réfugiés, laquelle n'a pas statué à ce jour; que les actes attaqués ne font aucunement mention de cette circonstance, qui est de nature à influencer les décisions prises à l'égard de la requérante; que le moyen est sérieux;

Considérant qu'il ressort de l'exposé des faits que, des pièces du dossier et de l'examen du moyen que la requérante peut, dans l'état actuel du dossier, se considérer comme candidat réfugié avec comme conséquence que le risque de préjudice tenant au refoulement qu'elle fait valoir dans sa demande et qu'elle lie à sa qualité de candidat réfugié est établi (...) Décide: Article 1er. Est suspendue provisoirement l'exécution de la décision de refoulement (...)

Conseil d'Etat (B), 20 de juny de 1996, núm. 60.352 (IX^e ch., extr.urg.), *Bongo Makila et Moke Luyeye Emilie c/ Etat belge et Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides (CGRA)*, RDE, núm. 91, 1996, pàgs. 748-749. En una altre decisió, el *Conseil d'État* va tenir ocasió de confirmar la suspensió de l'execució d'una decisió de refús d'un refugiat algerià que demanava asil per segona vegada, en un cas en què l'ACNUR havia considerat *coherents i plausibles* les declaracions del demandant, i el delegat del ministre de l'interior no havia *mencionat explícitament els motius de la seva decisió* tal com exigeix la normativa en els casos en què la decisió s'aparta de l'opinió de l'ACNUR. Conseil d'Etat (B), 29 d'octubre de 1998, núm. 76.730 (XI^e ch., extr.urg.), RDE, núm. 101, 1998, pàgs. 563-566.

¹¹⁹ Per exemple, en una decisió de 2 de febrer de 1995, va suspendre l'execució d'una decisió de refús d'una demanda urgent de reexamen on el *Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides* va considerar que el demandant podia ser reconduït a la frontera del país d'on havia fugit, Bangladesh, entre altres coses, perquè el relat d'aquest era *estereotipat*. En aquest cas el *Conseil d'Etat* va criticar la no utilització de documents determinants, que el *Commissaire général* no explicava en què el relat del demandant era

415. Pel que fa a la resta de motius pels quals pot refusar-se l'autorització d'entrada, un es refereix a que l'estranger hagués estat reenviat o expulsat de Bèlgica fa menys de deu anys, si la mesura no ha estat suspesa o anul·lada¹²⁰ i, els altres, a diferents supòsits en què l'estranger pot ser reenviat a un tercer estat segur.

Una particularitat important de la legislació belga respecte del concepte de *tercer estat d'acollida* és que, llevat que es tracti d'estats tercers respecte dels quals la persona tingui un títol de transport vàlid i els documents de viatge necessaris per arribar-hi¹²¹, per considerar un tercer país com estat d'acollida o asil cal que l'estranger hi hagi residit durant més de tres mesos si es tracta d'un sol estat, o bé, si l'estranger ha residit en diversos països després d'haver marxat del seu país o del fet que el va obligar a estar-ne allunyat, que la durada total d'absència del seu país d'origen sigui també superior a tres mesos¹²². En els dos casos, es precisa que l'allunyament del darrer país on ha residit el demandat no hagi estat motivat per temor de patir persecució en el sentit de l'article 1.A (2) de la Convenció de Ginebra de 1951.

Finalment, en una *Circular relativa al procediment de demanda de l'estatut de refugiat*, s'especifica que *l'entrada no serà en cap cas autoritzada sense l'acord exprés d'un funcionari delegat de l'Office des étrangers*¹²³. En principi, aquest *Office* tindrà una audiència amb l'interessat a la frontera i comunicarà la decisió sobre si li refusa o no l'entrada en el territori, en un termini de vuit dies des de que aquest ha manifestat la petició de ser reconegut com a tal o s'ha presentat a ell mateix com a refugiat¹²⁴.

estereotipat ja que això no s'extreia del dossier, i que la situació en el país és *catastròfica per al opositors al règim*. En una interpretació favorable al benefici del dubte del refugiat o demandant d'asil, va dir sobre la qualitat de *manifestament* infundada d'una sol·licitud, que (...) *est manifeste, ce dont l'existence ou la nature s'impose à un esprit raisonnable avec une force de conviction telle que de plus amples investigations n'apparaissent pas nécessaires*. Conseil d'Etat (B), 2 de febrer de 1995, núm. 51.507 (IX^e ch.), *Golam Rafique c/ Etat belge et CGRA, RDE*, núm. 83, 1995, pàgs. 185-187.

En un altre cas, el *Conseil d'Etat* va considerar, en un supòsit on el *Commissaire général* havia fonamentat el seu dictamen desfavorable sobre una demanda d'asil d'un zairès en motius com "*qu'il est étonnant qu'une personne recherchée participe à une telle manifestation*" o que el relat "*est peu circonstancié*", que (...) *le premier de ces motifs ne paraît pas pertinent à lui seul pour établir le caractère peu plausible du récit du requérant et fonder ainsi le rejet de sa demande d'asile dès le stade de la recevabilité; que le second motif ne ressort pas des pièces du dossier; que dès lors, le Commissaire général et le délégué du ministre ont commis une erreur manifeste d'appréciation* (...). Conseil d'Etat (B), 10 maig 1995, núm. 53.199 (XI^e ch.), *Mange Mokwanga Eric c/ Etat belge et CGRA, RDE*, núm. 86, 1995, pàgs. 574-576.

¹²⁰ Apartat 3 del paràgraf 1 de l'article 52 de la *Loi du 15 décembre 1980*.

¹²¹ Apartat 6 del paràgraf 1 de l'article 52 de la *Loi du 15 décembre 1980*.

¹²² Apartats 4 i 5 del paràgraf 1 de l'article 52 de la *Loi du 15 décembre 1980*.

¹²³ Article 1 de la *Circulaire relative à la procédure de demande du statut de réfugié prévue à l'article 52 de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers*, que va entrar en vigor el 5 d'abril de 1989. *Refworld UNHCR -Legal Information*, 8^a ed., juliol 1999.

¹²⁴ Paràgraf 5 de l'article 52 de la *Loi du 15 décembre 1980*.

c. L'admissió en el territori dels demandants d'asil a França

416. En el cas de França s'havia anat consolidant jurisprudencialment un principi, segons el qual, les persones estrangeres que reclamaven ser reconegudes com a refugiades tenien un dret limitat d'entrar i estar-se en el territori¹²⁵, el qual, com s'ha vist anteriorment, va ser recollit pel propi Consell Constitucional, en una decisió de 1992¹²⁶. Aquest principi, però, ha anat perdent entitat pràctica amb la introducció de procediments d'autorització d'entrada i d'admissió a l'estada per als demandants d'asil i els refugiats.

En el règim de tractament de les demandes d'asil presentades a França es fa una distinció estricta entre l'admissió en el territori, i l'examen de la qualitat de refugiat i de la concessió d'asil, no podent-se presentar formalment una demanda d'asil si abans no s'ha intentat regularitzar la presència en el país. L'admissió en el territori és competència de les autoritats de policia i el ministeri de l'interior, i la determinació de l'estatut de refugiat i la concessió d'asil pertany a l'OFPPRA, les decisions del qual poden ser recorregudes davant de la *Commission des recours des réfugiés* (la *Loi n° 2003-1176* de 10 de desembre de 2003 va atribuir a l'OFPPRA la competència per concedir protecció subsidiària, que ve a substituir l'anomenat *asil territorial* a França, diferent de l'*asil constitucional* i el refugi, i que era competència del Ministre de l'interior¹²⁷). L'accés al territori i a una estada legal en el territori són, així, condicions prèvies de l'accés als procediments d'asil i refugi.

En el cas de les demandes d'asil presentades dins del territori, cal que la persona obtingui una autorització d'estada en el territori (*admission au séjour*); i, en el cas de les demandes presentades a la frontera, cal que el sol·licitant obtingui, primer, una autorització d'entrada (*admission à l'entrée* o *autorisation d'entrée*). L'autorització d'entrada consisteix en el lliurament d'un salconduit vàlid durant vuit dies per *entrar* formalment en el territori, llavors, el demandant haurà de regularitzar la seva *estada* abans de poder demanar asil, amb una *admissió provisional d'estada*. Aquesta diferència de tractament entre els demandants d'asil que ja són dins del territori i els que arriben a la frontera, de qui

¹²⁵ Un dret amb algunes excepcions, en general, relatives a la preservació de l'ordre públic, i respecte de l'aplicació de les quals sempre calia respectar la regla de *non-refoulement*. En una decisió del *Conseil d'Etat* de 27 de setembre de 1985 es va dir que *Considérant (...) qu'il résulte des termes mêmes de l'article 5 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 que les documents relatifs à l'objet et aux conditions de séjour, ainsi qu'aux garanties de rapatriement, ne sont exigées d'un étranger qui désire entrer en France que "sous réserve des conventions internationales"; que cette réserve vise en particulier la convention de Genève du 28 juillet 1951 sur le statut des réfugiés, modifiée par le protocole de New York du 31 janvier 1967, dont les stipulations font obstacle à ce que les documents en cause puissent être exigés des personnes qui, demandant à entrer sur le territoire français, peuvent prétendre à la qualité de réfugiés au sens de l'article 1 de la Convention (...)*. Conseil d'Etat (Fr), 27 de setembre de 1985, *France Terre d'Asile*, CIMADE, GISTI, Ligue française des droits de l'homme, Association d'accueil aux médecins et personnels de santé réfugiés en France, *JDI*, núm. 2, 1986, pàgs. 347-353 [François Julien-Laferrrière, "Note", *JDI*, núm. 2, 1986, pàgs. 353-358].

¹²⁶ *Vid. Supra* §382.

¹²⁷ *Loi n° 2003-1176 du 10 décembre 2003 modifiant la loi n° 52-893 du 25 juillet 1952 relative au droit d'asile*, *JORF* d'11 de desembre de 2003, pàgs. 21080-21085, article 1.

s'exigeix superar dos procediments que, en termes generals, es podrien anomenar *d'admissibilitat*, ha suscitat crítiques per part de la doctrina en la mesura que es podria estar vulnerant el *principi constitucional d'igualtat davant la llei*¹²⁸.

c.1. L'autorització d'entrada en el territori per als demandants d'asil que fan la sol·licitud en frontera. El requisit de les demandes d'asil *no manifestament infundades*

417. D'acord amb l'article L.221-1 del *Codi d'entrada i estada dels estrangers a França i del dret d'asil* (també anomenat *CESEDA*), que recull la darrera modificació¹²⁹ de l'article 35 *quater* de l'*Ordonnance de 2 de novembre de 1945 relativa a les condicions d'entrada i estada dels estrangers a França* (introduït l'any 1992¹³⁰),

*L'estranger que arriba França per via ferroviària, marítima o aèria i que, bé no està autoritzat a entrar en el territori francès, bé demana ser admès en virtut de l'asil, pot ser mantingut en una zona d'espera situada en una estació ferroviària oberta al tràfic internacional de les que figura en una llista feta per via reglamentària, en un port o prop del lloc de desembarcament, o en un aeroport, durant el temps estrictament necessari per a que se'n vagi i, si és demandant d'asil, per a que es faci un examen que determini si la seva demanda no és manifestament infundada*¹³¹.

En aquest procediment administratiu d'admissió en el territori no hi ha una definició jurídica dels criteris per declarar una demanda com a manifestament no fonamentada, però, a la pràctica, sembla que les autoritats apliquen implícitament els criteris recollits a la *Resolució sobre les demandes d'asil manifestament infundades* dels ministres dels estats membres de les Comunitats europees responsables d'immigració, reunits a Londres els dies 30 de novembre i 1 de desembre de 1992¹³². El marge d'apreciació del ministre de l'interior, mancant una definició a la normativa francesa, o unes directrius obligatòries, és, per això, força ample. Vincent Chetail ha destacat aquesta particularitat de la legislació de França en relació a la d'altres estats membres i, també, que és, com a mínim, xocant, que la Llei de 2003, que ha servit per transposar anticipadament algunes normes i principis mínims europeus no hagi precisat aquesta noció¹³³.

Normalment, reben les demandes d'asil i interroguen els demandants en frontera agents de la *Direction du contrôle de l'immigration et de la lutte contre l'emploi clandestin*

¹²⁸ Henri Labayle, "Le droit d'asile en France: normalisation ou neutralisation?", *RFDA*, vol. 13, núm. 2, 1997, pàgs. 259-261.

¹²⁹ *Loi n° 2003-1119 du 26 novembre relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*, *JORF* de 27 de novembre de 2003, pàgs. 20136-20154.

¹³⁰ *Vid. Supra* Capítol VI §202.

¹³¹ *Ordonnance n° 2004-1248 du 24 de novembre 2004 relative à la partie législative du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*, *JORF* de 25 de novembre de 2004, text 12/119.

¹³² Segons l'informe de l'ACNUR, *Reception Standards For Asylum Seekers In the European Union*, *op. cit.*, pàg. 74.

¹³³ Vincent Chetail, "La réforme française de l'asile: prélude à la banalisation européenne du droit des réfugiés", *JDI*, núm. 3, 2004, pàg. 823.

o oficials de policia, que traslladen la documentació a la divisió *asile en frontière* (DAF) del ministeri d'afers exteriors, que emet un dictamen motivat, i el trasllada, primer, al ministeri d'afers exterior i, després, al ministeri d'interior. Aquest darrer ha d'emetre una decisió en el termini de quaranta vuit hores (període renovable), sobre si una demanda és o no manifestament infundada, cosa que determina l'accés o el refús del territori del demandant d'asil. Aquest examen preliminar de la demanda d'asil no és realitzat per l'autoritat competent per reconèixer l'estatut de refugiat o concedir asil, l'OFPRA, cosa que contradiu la Conclusió No. 30 (XXXIV) del Comitè Executiu de l'ACNUR abans examinada.

Finalment, si la demanda és considerada manifestament infundada, s'emete una decisió de refús d'entrada i el demandant rep una ordre d'allunyament o *refoulement*, que pot ser executada d'ofici 24 hores després de la seva notificació. Contra aquesta decisió es pot presentar un recurs d'anul·lació davant de la jurisdicció administrativa per raons de fons o de procediment, o bé, basant-se en l'article 3 de la Convenció europea de drets humans, qüestionant la seva seguretat en el lloc cap on ha de ser refusat¹³⁴.

418. Des de l'1 de gener de 2001, per una modificació dels poders de les jurisdiccions administratives, els demandants d'asil a qui s'ha refusat l'entrada en el país, poden demanar la suspensió de l'allunyament fins que no es resolgui el fons de la sol·licitud (*référé-suspension*)¹³⁵. També podrien demanar del jutge que consideri que s'està davant d'un cas d'urgència on és en joc la salvaguarda d'un dret fonamental, i que ordeni al ministre d'interior el lliurament d'una autorització d'entrada en el territori (*référé-liberté*)¹³⁶.

La decisió de mantenir el demandant d'asil en zona internacional també pot ser recorreguda en les condicions de l'article L.222-6 del *Codi sobre l'entrada i l'estada dels estrangers a França i el dret d'asil*. Si la decisió de mantenir el demandant no és renovada (per l'autoritat fronterera al cap de 48 hores, o per l'autoritat judicial al cap de

¹³⁴ Denis Alland, Catherine Teitgen-Colly, *Traité du droit d'asile*, op. cit., pàgs. 255-256.

¹³⁵ *Quand une décision administrative, même de rejet, fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation, le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner la suspension de l'exécution de cette décision, ou de certains de ses effets, lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision. / Lorsque la suspension est prononcée, il est statué sur la requête en annulation ou en réformation de la décision dans les meilleurs délais. La suspension prend fin au plus tard lorsqu'il est statué sur la requête en annulation ou en réformation de la décision.* Article L.521-1 del *Code de Justice Administrative*, introduït per la *Loi n° 2000-597 du 30 juin 2000*, *JORF* d'1 de juliol de 2000.

¹³⁶ *Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures.* Article L.521-2, *Ibidem*. Denis Alland i Catherine Teitgen-Colly defensen aquesta que això seria possible basant-se en què el *Conseil d'État* francès ha resolt en un cas de 12 de gener de 2001, que hi havia hagut una *atteinte grave et manifestement illégale* al dret constitucional d'asil. Denis Alland, Catherine Teitgen-Colly, *Traité du droit d'asile*, op. cit., pàg. 256.

96 hores, o en les renovacions successives fins a 20 o 24 dies) la persona obtindrà una autorització per entrar a França vàlida per 8 dies per que regularitzi la seva situació i, eventualment, obtingui una autorització d'estada en el territori (article L.224-1 del mateix *Codi*).

c.2. La qüestió del tercer país segur o d'acollida com a motiu per considerar una demanda d'asil presentada en frontera *manifestament infundada*

419. La qüestió del tercer país d'acollida es va plantejar a França arran de l'afer *Rogers*, sobre el qual va emetre una decisió el Consell d'Estat francès, el 18 de desembre de 1996. Peter Rogers era un polissó liberianès que va arribar a Dunkerque després d'un viatge amb escales, on va demanar ser admès en el territori a títol d'asil. El ministre de l'interior li va refusar l'entrada a França (estava consignat a bord del vaixell) basant-se en un dels motius que en aquell moment podien ser utilitzats per denegar l'autorització d'estada en el territori dels demandants d'asil que presentessin la seva sol·licitud dins del país. Aquest motiu consistia en que el demandant d'asil *fos efectivament admissible en un estat diferent d'aquell on tem ser perseguit, on pot gaudir d'una protecció efectiva, especialment contra el refoulement*¹³⁷. S'al·legava, en aquest sentit, que durant el periple fins arribar a un port francès, fet Peter Rogers hauria pogut demanar asil en algun altre país, com al Camerun.

El Consell d'Estat va dir que, com que una *circumstància d'aquest tipus no hauria estat suficient per ella mateixa per refusar a M. Rogers l'estatut de refugiat que sol·licitava*, no es trobava entre aquelles que el ministre de l'interior podia legalment tenir en compte per tal de considerar *manifestament infundada* la demanda de l'interessat. Segons la decisió, el ministre d'interior no podia invocar útilment *ni les disposicions de l'article 31 bis de l'Ordonnance de 2 de novembre de 1945 que només s'apliquen als estrangers que es troben en territori francès* (actualment article L.741-4 del *Codi d'entrada i estada dels estrangers a França i del dret d'asil*), ni tampoc les resolucions de 30 de novembre/1 de desembre de 1992 dels ministres dels estats membres de les Comunitats europees, perquè no eren vinculants¹³⁸. Com Denis Alland va posar de

¹³⁷ Aquesta circumstància era causa d'inadmissió d'un demandant d'asil que havia presentat una sol·licitud dins del territori segons l'article 31 bis, paràgraf 3.2 de l'*Ordonnance n° 45-2658 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, abans de la *Loi n° 98-349 de 11 mai 1998 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile*.

¹³⁸ *Considérant que (...) le ministre de l'Intérieur a refusé l'entrée en France de l'intéressé au titre de l'asile en se fondant sur la circonstance qu'il avait omis de demander au Cameroun, pays signataire de la Convention de Genève, la protection prévue par cette convention; qu'une telle circonstance n'aurait pas par elle-même permis de refuser à M. Rogers le statut de réfugié qu'il sollicitait; qu'elle n'était, dès lors, pas au nombre de celles dont le ministre de l'Intérieur pouvait légalement tenir compte pour regarder comme "manifestement infondée" la demande de l'intéressé et lui interdire pour ce motif, en application de l'article 35 quater précité de l'ordonnance du 2 novembre 1945, l'accès au territoire durant l'instruction de sa demande par l'office français de protection des réfugiés et apatrides; que, par suite, le ministre de l'Intérieur qui ne peut, en tout état de cause, utilement invoquer ni les résolutions des 30 novembre et 1er décembre 1992 de ministres des Etats membres des communautés européennes, dépourvues de valeur normative, ni les*

manifest arran d'aquest cas, la utilització de la noció de *demanda manifestament infundada* en el marc de l'asil territorial perjudica els procediments de determinació de l'estatut de refugiat, ja que condueix a crear, amb presumpcions, clàusules automàtiques d'exclusió més enllà de les que es disposen a la Convenció de Ginebra¹³⁹.

420. La possibilitat de considerar una demanda d'asil com *manifestament infundada* i refusar el sol·licitant, s'entén que és excepcional, sobretot des de l'afer *Rogers*, i ha estat, per tant, interpretada restrictivament pels tribunals, tenint en compte les conseqüències irreparables que se'n deriven¹⁴⁰. Cal que es tracti d'una no fonamentació *manifesta, ha de ser evident que el demandant no pateix cap persecució i que no hi ha necessitat de cap protecció*¹⁴¹. Segons la jurisprudència *Rogers*, caldria, a més, que les circumstàncies que fessin *manifestament infundada* la demanda fossin suficients per justificar un refús de l'estatut de refugiat. En aquesta mateixa línia va també apuntar la decisió del *Conseil constitutionnel* francès de 25 de febrer de 1992, quan, en dirimir la constitucionalitat de l'aplicació de sancions als transportistes que duguin estrangers al territori sense la documentació suficient per entrar-hi, va fer una *reserva d'interpretació* en relació a les demandes *manifestament infundades* com a causa d'exoneració. Segons aquesta reserva interpretativa, qui examina la situació del demandant (en aquell cas, el transportista) *es limita a aprehendre la situació de l'interessat sense haver de procedir a cap recerca*¹⁴².

Malgrat tot, ni les indicacions de l'ACNUR, sobre que només les autoritats competents en cada estat en matèria d'asil i refugi decideixin sobre les demandes fetes en qualsevol circumstància, és a dir, decideixin sobre la sort dels demandants d'asil, ni les interpretacions de les més altes institucions jurisdiccionals de l'estat, han arribat a evitar casos en què demandants d'asil són refusats i reenviats als seus països d'origen sense haver pogut fer valer efectivament les seves reivindicacions de protecció¹⁴³.

dispositions de l'article 31 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945 qui ne s'appliquent qu'aux étrangers se trouvant sur le territoire français (...). Conseil d'État (Fr), 18 décembre 1996, *Ministre de l'Intérieur c. Peter Rogers*, *JDI*, núm. 3, 1997, pàg. 784. També publicat a *RGDIP*, núm. 3, 1997, pàgs. 781-782; i *RFDA*, vol. 13, núm. 2, 1997, pàg. 294.

¹³⁹ Per a aquest autor, en definitiva, el retret que conté en el fons la decisió de l'afer *Rogers* és el fet de sotmetre l'asil a condicions més restrictives que l'estatut de refugiat Denis Alland, "Note (Conseil d'État, 18 décembre 1996, *Ministre de l'Intérieur c. Peter Rogers*)" a "Jurisprudence française en matière de Droit international public", *RGDIP*, núm. 3, 1997, pàg. 789.

¹⁴⁰ Per tot això, la noció de demanda *manifestament no fonamentada*, que permet refusar l'entrada en el territori als demandants d'asil que es presenten a la frontera francesa es configura, com una excepció al principi segons el qual els demandants d'asil poden entrar en el territori. Raphaëlle Poupet, "La demande d'asile avant l'admission au territoire", *loc. cit.*, pàg. 195.

¹⁴¹ Jean Chappez, "Note (Conseil d'État, 18 décembre 1996, *Ministre de l'Intérieur c. Peter Rogers*)", *JDI*, núm. 3, 1997, pàg. 787.

¹⁴² Décision n° 92-307 DC du 25 février 1992, *JDI* núm. 3, 1992, pàg. 676.

¹⁴³ Un dels casos apareguts en premsa va ser el de Roberto Viza Egües, ciutadà cubà militant actiu en un moviment de defensa dels drets humans al seu país, que va ser reenviat a La Havana des de l'aeroport de Roissy (on havia romàs des de la seva arribada), just la vetlla del dia que expirava el termini màxim de vint dies que la normativa preveia per a les retencions en *zones d'espera* dels estrangers que *a priori* no tenen

En la decisió de l'afer *Rogers*, d'altra banda, sembla que implícitament també es contenia la idea que l'article 31 *bis* (2) de l'*Ordonnance*, vigent aleshores, en què basava el ministre de l'interior la decisió de refús, podia ser inconstitucional per oposar-se al *dret d'asil* entès com a principi de valor constitucional d'acord amb la decisió del *Conseil constitutionnel* francès de 13 d'agost de 1993¹⁴⁴. Finalment, la reforma legislativa feta per la *Loi* relativa a l'entrada i estada dels estrangers a França i al dret d'asil d'11 de maig de 1998 va eliminar dels motius per refusar l'autorització d'estada als demandants d'asil el consistent en que el demandant d'asil hagués tingut la possibilitat de ser admès en un tercer estat on pogués beneficiar d'una protecció efectiva, sobretot, contra el *refoulement*.

La decisió de l'afer *Ministre de l'Intérieur c. Peter Rogers*, d'altra banda, parteix de la idea que els motius de *no admissió* en el territori no són els mateixos que els de l'article L.741-4 del *Codi d'entrada i estada dels estrangers a França i del dret d'asil*, que regula el règim aplicable als demandants que es troben dins del territori francès.

c.3. L'autorització d'estada en el territori per als demandants d'asil que fan la sol·licitud dins del territori francès. Les causes d'inadmissibilitat

421. Els demandants d'asil que es troben dins del territori francès, tant si hi són legalment, com il·legal, abans de demanar asil o ser reconeguts com a refugiats davant de l'OFPPA han d'obtenir un permís d'estada en el territori davant de l'*autoritat administrativa competent*. A Paris, aquesta autoritat és el *préfet de police*, a la resta del territori, el *préfet* del Departament.

El dret dels demandants d'asil d'estar-se en el territori mentre s'examina la seva demanda ha estat consagrat com a principi del dret francès a la jurisprudència administrativa¹⁴⁵ i també a la jurisprudència constitucional¹⁴⁶. Aquest principi és explícit a

dret d'entrar en el país. En aquest cas, es va complir formalment la llei perquè abans de l'allunyament el *directeur des libertés publiques et des affaires juridiques* del ministeri de l'interior va emetre una decisió que considerava la demanda de Roberto Viza *manifestament infundada*, malgrat això, organitzacions de defensa dels drets humans a França van denunciar aquest *refoulement*, per considerar-lo improcedent. Philippe Bernand, *Les failles du droit d'asile*, *Le Monde* de 19 de setembre de 2000, pàg. 20.

¹⁴⁴ *Décision n° 93-325 DC du 13 août 1993*, *JORF* de 18 d'agost de 1993, pàgs. 11722-11730. Aquesta inconstitucionalitat era defensada pel *Commissaire du gouvernement* Jean-Marie Delarue a les *Conclusions sur Conseil d'Etat* de 18 de desembre de 1996 en l'afer *Rogers*. Jean-Marie Delarue, "L'examen de la demande d'asile formulée par un étranger. Conclusions sur Conseil d'État, Assemblée, 18 décembre 1996 *Peter Rogers*", *RFDA*, vol. 13, núm. 2, 1997, pàgs. 290-294.

¹⁴⁵ Conseil d'État (Fr), decisió de 13 de desembre de 1991, assumpte *Préfet de l'Hérault c. Dakoury*, núm. 120560; i decisió de 13 de desembre de 1991, afer *Alfonso N'Kodia*, núm. 119996, *AJDA*, núm. 2, 1992, pàgs. 166-167.

¹⁴⁶ *Considérant que le respect du droit d'asile, principe de valeur constitutionnelle, implique d'une manière générale que l'étranger qui se réclame de ce droit soit autorisé à demeurer provisoirement sur le territoire jusqu'à ce qu'il ait été statué sur sa demande; que sous réserve de la conciliation de cette exigence avec la sauvegarde de l'ordre public, l'admission au séjour qui lui est ainsi nécessairement consentie doit lui permettre d'exercer effectivement les droits de la défense qui constituent pour toutes les personnes, qu'elles soient de nationalité française, de nationalité étrangère ou apatrides, un droit fondamental à caractère constitutionnel.* Conseil Constitutionnel (Fr), *décision n° 93-325 DC du 13 août 1993*, *JORF* de 18 d'agost de 1993, pàg. 11727.

la legislació francesa a partir de la llei de 24 d'agost de 1993 que l'incorpora a la l'*Ordonnance* 45-2658. L'any 1998 es trasllada a la Llei núm. 52-893 relativa al dret d'asil¹⁴⁷ i, des de novembre de 2004 està incorporat al *Codi d'entrada i estada dels estrangers a França i del dret d'asil*, a l'article L.741-4, que recull la darrera modificació, de 2003¹⁴⁸.

L'estada en el territori dels demandants d'asil s'autoritza, en principi, llevat que es constati l'existència d'un dels motius taxats que permeten refusar-la. D'acord amb la jurisprudència del *Conseil d'Etat*, el *préfet* està obligat a resoldre la qüestió de l'estada en el territori dels demandants d'asil, i no pot denegar-la per cap altre motiu que els enumerats a la normativa, com per exemple, perquè les persones estiguin en situació il·legal en el territori¹⁴⁹. En general, el *Conseil d'Etat* ha refusat acceptar interpretacions àmplies de les causes per les quals es pot refusar a un demandant d'asil l'autorització d'estada en el territori, de conformitat amb la idea que són excepcions a un principi¹⁵⁰.

422. D'acord amb l'article L.741-4 del *Codi d'entrada i estada dels estrangers a França i del dret d'asil*,

Sota reserva del respecte de les estipulacions de l'article 33 de la Convenció de Ginebra de 28 de juliol de 1951 relativa a l'estatut dels refugiats, l'admissió a França d'un estranger que demana beneficiar d'asil no pot ser refusada a menys que:

¹⁴⁷ *Loi n° 98-349 du 11 mai 1998 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile*, *JORF* núm. 109 de 12 de maig de 1998, pàg. 7087. Aquesta norma incorpora en el Títol II *Des demandeurs d'asile*, els antics articles 31 bis, 32 i 32 bis de l'*Ordonnance n° 45-2658 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*.

¹⁴⁸ *Loi n° 2003-1176 du 10 décembre 2003 modifiant la loi n° 52-893 du 25 juillet 1952 relative au droit d'asile*, *JORF*, d'11 de desembre de 2003, pàgs. 21080-21085.

¹⁴⁹ En un cas en què en *préfet* dels *Alpes-Maritimes* va decidir la reconducció a la frontera de divuit gitanos provinents de l'ex-Iugoslàvia, amb l'únic motiu que havien entrar il·legalment en el territori, tot i que quan van ser interpellats per la policia havien sol·licitat ser admeses en el territori a títol d'asil (*au titre de l'asile*), el *Conseil d'Etat* va dir que disposicions de la *Loi du 25 juillet 1952*

(...) ont pour effet d'obliger l'autorité de police à transmettre au préfet, et le préfet à enregistrer une demande d'admission au séjour au titre de l'asile formulée par un étranger à l'occasion de son interpellation pour entrée irrégulière sur le territoire; que, par voie de conséquence, elles font légalement obstacle à ce que le préfet fasse usage des pouvoirs que lui confère l'ordonnance du 2 novembre 1945, en matière de reconduite à la frontière des étrangers en situation irrégulière, avant d'avoir statué sur cette demande d'admission au titre de l'asile;

(...) i ne ressort pas des pièces des dossiers que cette admission pouvait légalement être refusée à ces derniers pour l'un des motifs limitativement énumérés par les dispositions des 1° à 4° de l'article 31 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945 (...)

Conseil d'Etat (Fr), decisió de 2 juny 1997, *M. Osmanovic et autres*, *RFDA*, vol. 15, núm. 3, 1999, pàg. 490. Aquesta decisió, que censura un comportament arbitrari, s'inscriu dins d'un corrent jurisprudencial que pretén corregir el què és percebut per part de la doctrina com *l'actual perversió del dret d'asil*. Emmanuel Aubin, "Le Conseil d'Etat, les Tsiganes de l'ancienne Yougoslavie et le droit d'asile. À propos de l'arrêt du Conseil d'État, 2 juin 1997 *M. Osmanovic et autres*", *RFDA*, vol. 15, núm. 3, 1999, pàg. 487.

¹⁵⁰ Per exemple, *Conseil d'Etat* (Fr), decisió de 2 d'octubre de 1996, afer *Préfet de la Moselle c. M. Saïd Belaïd*, núm. 152338; i decisió de 2 d'octubre de 1996, afer *Préfet de la Savoie c. M. Timon*, núm. 159221, *AJDA*, núm. 1, 1997, pàgs. 101-102.

- 1° L'examen de la demanda d'asil sigui competència d'un altre estat, en aplicació de les disposicions del reglament (CE) núm. 343/2003 del Consell de 18 de febrer de 2003 que estableix els criteris i els mecanismes de determinació de l'estat membre responsable de l'examen d'una demanda d'asil presentada en un dels estats membres per un nacional d'un tercer país, o de compromisos idèntics als previstos en aquest reglament amb d'altres estats;
- 2° L'estranger que demana beneficiar d'asil té la nacionalitat d'un país respecte del qual han estat posades en marxa les estipulacions del paràgraf 5 de l'apartat C l'article 1 de la Convenció de Ginebra abans esmentada o d'un país considerat com un país d'origen segur. Un país és considerat com a tal si vetlla pel respecte dels principis de la llibertat, de la democràcia i de l'estat de dret, així com dels drets humans i de les llibertats fonamentals. El fet de tenir en compte el caràcter segur del país d'origen no pot obstaculitzar l'examen individual de cada demanda;
- 3° La presència a França de l'estranger constitueix una amenaça greu per a l'ordre públic, la seguretat pública o la seguretat de l'estat;
- 4° La demanda d'asil reposa en un frau deliberat o constitueix un recurs abusiu als procediments d'asil o només ha estat presentada per tal de fer fracassar una mesura d'allunyament pronunciada o imminent. Constitueix, en particular, un recurs abusiu als procediments d'asil la presentació fraudulenta de diverses demandes d'admissió a l'estada en virtut d'asil amb identitats diferents. Constitueix igualment un recurs abusiu als procediments d'asil la demanda d'asil presentada en una col·lectivitat d'ultramar si resulta que una mateixa demanda està en curs d'instrucció en un altre estat membre de la Unió Europea.

423. Pel que fa al primer supòsit, la reforma legislativa de desembre de 2003 va substituir la menció a la Convenció de Dublín pel Reglament 343/2003 del Consell, que el substitueix en el cas dels estats membres de la Unió Europea, i manté la referència a compromisos equivalents, com els que hi ha amb Islàndia o Noruega. El refús de l'admissió a l'estada basat en aquest motiu impedeix que el demandant pugui adreçar-se a l'OFPPRA que, segons l'article L.723-1 del *Codi d'entrada* no és competent per conèixer de demandes d'asil presentades per persones a qui s'ha denegat l'admissió pel fet que és competent un altre estat. Per aquest motiu, tampoc poden adreçar-se a l'OFPPRA aquelles persones a qui es denega l'entrada o l'estada en el territori perquè se'ls ha refusat ja una demanda d'asil en un altre estat membre de la Unió Europea i han estat inscrits en la llista de no admissibles del Sistema d'Informació Schengen (SIS)¹⁵¹.

Aquesta excepció al *dret de demanar asil* davant de les autoritats competents ha fet que el *Conseil d'Etat* hagi posat algunes condicions a la utilització d'aquest motiu. Primer, el *Conseil d'Etat* va exigir que, per a que la inscripció com a no admissible d'una persona fos motiu per denegar el permís per entrar en el territori, calia que s'indiqués en la decisió de refús quin estat era el responsable de la inscripció, a fi que la persona pogués, en tot cas, recórrer aquesta¹⁵². Després, el *Conseil d'Etat* va establir que calia que la inscripció com a

¹⁵¹ Denis Alland, Catherine Teitgen-Colly, *Traité du droit d'asile*, op. cit., pàg. 263.

¹⁵² Conseil d'Etat (Fr), decisió de 9 de juny de 1999, afer *Mme. Hamssaoui*, núm. 198344, *RFDA*, vol. 15, núm. 4, 1999, pàg. 883.

no admissible respectés les normes del Conveni Schengen i, malgrat que aquesta inscripció hagués estat feta per autoritats estrangeres, no era vàlida a França si no es respectaven les garanties previstes¹⁵³. En un altre cas, tot i que el Consell d'estat únicament va reclamar que se li fessin arribar els elements que justificaven que una autoritat estrangera inscrivís una persona com a no admissible, les conclusions del comissari del govern plantejaven que el respecte del dret a la vida familiar de l'article 8 del Conveni europeu per a la protecció dels drets humans desplaçaven l'aplicació del Conveni de Schengen en relació a la no entrada d'una persona estrangera. Finalment, es va considerar que únicament valorant les causes de la inscripció es podia establir si hi havia un atemptat desproporcionat a la vida familiar de la persona¹⁵⁴.

El *Conseil d'Etat* no ha acceptat, d'altra banda, que la no utilització de la possibilitat de concedir asil a persones que es troben en el primer dels supòsits de l'article L.741-4 sigui contrari al dret constitucional d'asil¹⁵⁵.

424. El segon supòsit és el resultat de diferents canvis legislatius recents. El primer el va operar la *Loi* relativa a l'entrada i estada dels estrangers a França i al dret d'asil d'11 de maig de 1998, que va substituir el problemàtic motiu per denegar l'autorització d'estada consistent en què el demandant fos *efectivament admissible en un altre estat que aquell on tem ser perseguit*, pel motiu consistent en què el demandant tingués la nacionalitat d'un país per al qual han estat posades en marxa les disposicions de l'article 1 C.5 de la Convenció de Ginebra de 1951¹⁵⁶. La integració d'aquest motiu (que a la Convenció de Ginebra és un motiu de cessació de la condició de refugiat) com a causa per denegar l'autorització d'estada en un país d'asil comporta una perversió del sistema de la protecció dels refugiats configurat a la Convenció. Segons la Convenció de Ginebra, es pot retirar la condició de refugiat a una persona que, havent estat reconeguda com a tal, ja no pot continuar al·legant que no pot emparar-se de la protecció del país d'origen. A la legislació francesa, aquest motiu de cessació de l'estatut, es transforma en un motiu d'*exclusió*¹⁵⁷.

¹⁵³ En el cas *Forabosco* es va dir que la inscripció com a no admissible en el SIS contravenia les disposicions de l'article 5.2. de la Convenció de Schengen, perquè en elles no es preveia aquesta inscripció en el cas que una demanda d'asil fos refusada, motiu que havia fonamentat la inscripció de *Forabosco* per part d'Alemanya. Conseil d'Etat (Fr), decisió de 9 de juny de 1999, afer *M. et Mme. Forabosco*, núm. 190384, *AJDA* núm. 9, 1999, pàg. 728.

¹⁵⁴ Conseil d'Etat (Fr), decisió de 25 d'octubre de 2000, afer *Mme. Cucicea-Lamblot*, núm. 212315, conclusions de Christine Maugué, *AJDA*, núm. 3, 2001, pàgs. 284-286.

¹⁵⁵ El darrer epígraf de l'article estableix que *Les dispositions du présent article ne font pas obstacle au droit souverain de l'Etat d'accorder l'asile à toute personne qui se trouverait néanmoins dans l'un des cas mentionnés aux 1° à 4°*. El Conseil d'Etat va establir que no era contrari a dret que França no utilitzés aquesta possibilitat en un cas en què Espanya ja havia acceptat fer-se càrrec d'una demanda d'asil presentada a les autoritats franceses, si no es produïa una apreciació *manifestament errònia* de la situació de la persona; Conseil d'Etat (Fr), decisió de 29 d'abril de 1999, afer *Ministre de l'Intérieur c. M. Konaté*, *AJDA*, núm. 10, 1999, pàg. 833.

¹⁵⁶ Article 35 de la *Loi n° 98-349 du 11 mai 1998 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit de l'asile*, *JORF* de 12 de maig de 1998, núm. 109, pàg. 7091.

¹⁵⁷ Vincent Chetail, "La réforme française de l'asile: prélude à la banalisation européenne du droit des réfugiés", *loc. cit.*, pàg. 826.

En certa manera, aquest motiu d'exclusió de l'autorització d'estada sembla que està abocat a esdevenir inoperatiu quan la previsió que fa el segon dels canvis legislatius sigui plenament efectiu. La revisió del règim d'asil francès que va fer la *Loi* de 10 de desembre de 2003¹⁵⁸ va suposar que s'introduís en aquest segon motiu de refús del permís d'estada l'exigència que el demandant d'asil provingués d'un *país d'origen segur*. La introducció de la noció de *país d'origen segur* és també una transposició anticipada dels criteris definits a la Unió Europea, malgrat que, al final, com s'ha vist, la directiva permet que els estats incorporin normes a les legislacions nacionals per a la determinació nacional de tercers estats segurs que no estiguin a la llista comuna. Fins que la Unió Europea no elabori una llista conjunta de *països d'origen segurs*, a França, la determinació d'aquests països es deixa en mans del Consell d'administració de l'OFPRA, que va establir una primera llista el 30 de juny de 2005¹⁵⁹. Tenint en compte la directiva europea que permet llistes nacionals, la darrera modificació de la legislació francesa en aquesta matèria feta el juliol de 2006 ha modificat les disposicions pertinents del CESEDA per tal de permetre mantenir aquesta llista pròpia de països d'origen segurs¹⁶⁰.

Certament, com es diu a l'article L.741-4.2, cal que es faci un examen individual de la demanda d'asil, que pot comportar una entrevista personal, cosa que converteix la presumpció que la demanda d'asil d'una persona que prové d'un tercer país segur és infundada en una presumpció *iuris tantum*. Malgrat tot, com apunta Vincent Chetail, *hom pot legítimament dubtar de l'abast d'un examen individual de la demanda d'asil d'aquest tipus, des del moment que s'efectua en el marc d'un procediment accelerat desproveït d'una via de recurs efectiva*¹⁶¹.

425. El *Conseil Constitutionnel* francès ha establert també una vàlvula escapatòria en l'aplicació de la clàusula del *país d'origen segur* ja que en la decisió de 4 de desembre de

¹⁵⁸ *Loi n° 2003-1176 du 10 décembre 2003 modifiant la loi n° 52-893 du 25 juillet 1952 relative au droit d'asile*, *JORF*, d'11 de desembre de 2003, pàgs. 21080-21085.

¹⁵⁹ El Consell d'Administració de l'OFPRA va fixar el 30 de juny de 2005, d'acord amb l'article L.741-4§2 del *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*, la llista de països considerats com països d'origen segurs: Benín, Bòsnia-Herzegovina, Cap Verd, Croàcia, Geòrgia, Gana, Índia, Malí, Maurício, Mongòlia, Senegal, i Ucraïna. Assemblée Nationale (França), Commission des Finances, de l'Économie générale et du plan, *Rapport d'information sur L'évolution des coûts budgétaires des demandes d'asile (hébergement, contentieux, contrôle aux frontières)* [Yves Deniaud, Agustin Bonrepaux, mission d'évaluation et de contrôle; présenté par Marie-Helene des Esgaulx], N° 2448, 6 de juliol de 2005, Annex II, pàg. 69/165. Aquesta llista s'hauria ampliat a 17 països el 20 de maig de 2006, segons Anne Castagnos-Sen, "L'Europe protège-t-il encore les réfugiés? L'élaboration de normes minimales en matière d'asile", *Questions d'Europe. Les policy papers de la fondation Robert Schuman*, 5 de juny de 2006, núm. 31, npp 18. En un Informe de la l'Assemblée Nationale francesa d'abril de 2006 sobre la llei finalment aprovada el juliol preveia que aquest 5 nous països fossin Albània, Macedònia, Madagascar Níger i Tanzània; Thierry Mariani, *Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi (N° 2986) relatif a l'immigration et à l'intégration*, N° 3058, 26 d'abril de 2006, pàg. 190/434.

¹⁶⁰ Articles 92-94 de la *Loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration*, *JORF* de 25 de juliol de 2006, Text 1/91.

¹⁶¹ Vincent Chetail, "La réforme française de l'asile: prélude à la banalisation européenne du droit des réfugiés", *loc. cit.*, pàg. 828.

2003 va declarar que la *Commission des recours des réfugiés* no estava vinculada per l'eventual qualificació com a *país d'origen segur* que pogués fer l'OFPRA en primer instància. Per al *Conseil Constitutionnel* no es vulnera el principi d'igualtat ni es posa en qüestió la independència de la *Commission des recours des réfugiés*:

39. *Considerant que la llei remesa tendeix a tractar de forma apropiada les demandes d'asil, en vistes a protegir millor les persones que compleixen les condicions per ser reconegudes com tenint la qualitat de refugiades o per que se'ls concedeixi el benefici de la protecció subsidiària; que, tenint en compte aquest objectiu, els demandants d'asil que provinquin de països que poden ser considerats com assegurant el respecte dels principis de la llibertat, la democràcia i l'estat de dret, així com els drets humans i les llibertats fonamentals, són en una situació diferent de la dels demandants d'asil que provenen d'altres països; que així, la circumstància que les regles de procediment siguin diferents segons que el demandant d'asil prové o no d'un país segur no és contrari al principi d'igualtat;*

40. *Considerant que la decisió fixant la llista de països considerats com països d'origen segurs podrà ser objecte d'un recurs per excés de poder; que no vincularà a la Commission des recours des réfugiés en l'apreciació que fa de la situació de cada demandant d'asil; que, per tant, la disposició criticada no atemptat contra la independència de la Commission des recours des réfugiés respecte de l'Office français de protection des réfugiés et apatrides, que constitueix una garantia essencial dels dret d'asil; que aquesta disposició no té doncs incidència en la seva imparcialitat¹⁶².*

426. El tercer supòsit es refereix a la qüestió de l'amenaça greu a l'ordre públic, la seguretat pública o la seguretat de l'estat. La revisió legislativa de 2003 va afegir les amenaces a la *seguretat pública* o a la *seguretat de l'estat* a la ja prevista respecte de l'*ordre públic*, cosa que es va justificar en la lluita contra el terrorisme, tot i que, en definitiva, no ve a modificar significativament la situació anterior¹⁶³. L'amenaça contra l'ordre públic, però, no pot constituir un calaix de sastre per justificar en qualsevol cas l'allunyament del territori, com ja posat en relleu la jurisprudència del Conseil d'Etat¹⁶⁴.

El quart supòsit es refereix a l'existència de frau deliberat, recurs abusiu als procediments d'asil o que la demanda s'hagi presentat per fer fracassar una mesura d'allunyament pronunciada o imminent. Una circular de febrer de 1994 precisa que són *fraus deliberats* les demandes d'asil presentades amb diverses identitats, simultànies, per acumular els beneficis socials, o successives, per acumular els períodes d'estada a França; que són un *recurs abusiu als procediment d'asil* les demandes de reexamen que no contenen cap element nou; i que són demandes *per fer fracassar mesures*

¹⁶² Conseil Constitutionnel (Fr), decisió de 4 de desembre de 2003, *Loi modifiant la loi n° 52-893 du 25 juillet 1952 relative au droit d'asile*, núm. 2003-485 DC, §39-40.

¹⁶³ *Ibidem*, pàg. 829.

¹⁶⁴ Per exemple, Conseil d'Etat (Fr), decisió de 16 de març de 2005, afer *Mme. Angelova*, núm. 269313, *RFDA*, vol. 21, núm. 3, 2005, pàg. 685, en què es justificava l'allunyament del territori en el fet que la persona implicada havia exercir ocasionalment la prostitució.

d'allunyament les que el demandant en situació il·licita presenta tard, quan és interpel·lat per les autoritats o per evitar l'execució de mesures d'allunyament¹⁶⁵.

La *Loi* núm. 2003-1119 de 26 de novembre de 2003 relativa a la gestió de la immigració ha afegit un nou supòsit d'inadmissibilitat de les demandes d'asil presentades per persones que es troben en situació il·legal a França. En la regulació de la retenció dels estrangers s'estableix que, quan arriba al centre de retenció una persona en situació il·legal, cal notificar a l'estranger els drets que pot exercir en matèria d'asil, així com que *la seva demanda d'asil ja no serà admissible durant el període de retenció si és formulada més de cinc dies després de la notificació*¹⁶⁶. La doctrina ha considerat que, com que, en definitiva, tant en aquest cas com en el supòsit 4 de l'article L.741-4 es tracta de lluitar contra la presentació dilatòria de les demandes d'asil per fer fracassar mesures d'allunyament, hagués estat bo incorporar aquest motiu d'inadmissibilitat en les causes per denegar l'autorització d'estada com a demandant d'asil. Això, permetria que el demandant tingués accés a l'OFPPRA, que decidiria de manera prioritària¹⁶⁷. Tal com es preveu a l'actualitat, una demanda d'asil presentada fora de temps en un centre de retenció impedeix un examen del fons de la demanda de protecció i, per tant, l'accés a un procediment vàlid per que examini el fons de la sol·licitud.

427. Finalment, quan l'estranger ha estat admès, rep un document provisional d'estada per una durada d'un mes, que li permet adreçar-se a l'OFPPRA per demanar el reconeixement de la condició de refugiat i/o asil. Quan presenti la sol·licitud, li serà lliurat un altre document provisional d'estada que anirà sent renovat fins que se li notifiqui la decisió. L'estranger té dret a mantenir-se en el territori fins la notificació de la decisió de l'OFPPRA i, en cas de recurs, de la decisió de la *Commission des Recours des Réfugiés*¹⁶⁸. De tota manera, el document provisional d'estada pot ser-li retirat o pot no ser-li renovat si apareix, després que li ha estat lliurat, que el demandant incorria en un dels supòsits de l'article L.741-4. Si es refusa la renovació del permís o es retira, el demandant disposa d'un termini d'un mes des de la notificació per marxar voluntàriament del territori francès.

Si l'autorització d'estada és refusada o retirada per un dels motius del paràgrafs 2 a 4 de l'article L.741-4, el demandant d'asil pot presentar la sol·licitud a l'OFPPRA, que decidirà prioritàriament¹⁶⁹. En aquest cas, el demandant també pot restar en territori francès fins que l'OFPPRA li notifiqui la decisió, no així si ha de presentar recurs davant de la CRR. Si la demanda de protecció li és refusada definitivament, ha de sortir del territori i, si no ho fa, pot dictar-se una mesura d'allunyament del territori en contra seva. El termini voluntari

¹⁶⁵ Denis Alland, Catherine Teitgen-Colly, *Traité du droit d'asile*, op. cit., pàg. 265.

¹⁶⁶ Article L.551-3 del *Code de l'entrée et du séjour des étrangers en France et du droit d'asile*.

¹⁶⁷ Vincent Chetail, "La réforme française de l'asile: prélude à la banalisation européenne du droit des réfugiés", loc. cit., pàg. 829.

¹⁶⁸ Article L.742-1 del *Code de l'entrée et du séjour des étrangers en France et du droit d'asile*.

¹⁶⁹ Article L.723-1 del *Code de l'entrée et du séjour des étrangers en France et du droit d'asile*.

d'un mes per a que marxi no és obstacle per a que es dicti respecte d'ell en aquest mateix termini una mesura d'allunyament¹⁷⁰, o fins i tot abans, mentre no sigui executada fins que recaigui la decisió negativa de l'OFPPRA¹⁷¹.

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

428. Per entrar a Alemanya, un estranger ha de disposar d'un passaport vàlid i d'un permís de residència temporal que es pot concedir per diversos motius com estudis, feina, humanitaris (*aufenthaltserlaubnis*); permanent (*niederlassungserlaubnis*); o d'un visat (*visum*)¹⁷². En el cas dels demandants d'asil, la *Aufenthaltsgesetz* (*AufenthG*) preveu que a un estranger que ha presentat una demanda d'asil només se li pot atorgar un permís de residència abans de la vàlida finalització ordinària del procediment d'asil amb l'aprovació de l'autoritat suprema del Land, i només quan interessos vitals de la República Federal d'Alemanya així ho requereixin¹⁷³.

Pel que fa a l'entrada en el territori, tot i que la regla general és que, després d'haver traspasat la frontera i haver passat pels llocs de control fronterer, un estranger *ha entrat* en el territori federal, es preveu una excepció per als demandants d'asil. El fet que les autoritats que fan el control de policia del tràfic fronterer permetin a un estranger passar a través del lloc on es fa el control de frontera, abans que s'emeti una decisió de refús d'entrada o durant la preparació o la implementació de la mesura, *no constitueix entrada en la mesura que les autoritats mantenen el control sobre l'estada de l'estranger* (*AufenthG 2004* §13.2). Això es preveu expressament per a persones a qui es refusa l'entrada perquè hi ha raons per expulsar-les; perquè hi ha una sospita fonamentada que l'estranger no vol estar-se en el territori pel motiu que ha declarat; perquè no compleix les condicions d'entrada de l'article 5 de la Convenció d'aplicació Schengen (*AufenthG 2004* §15); o perquè prové d'un tercer estat segur, un estat primer d'asil, o suposa un perill per a la seguretat pública (*AsylVfG* §18); o, finalment perquè ha arribat per via aèria a un aeroport i la seva demanda és *manifestament infundada* (*AsylVfG* §18a).

El règim d'admissió dels demandants d'asil a Alemanya gira, sobretot des de la reforma constitucional de 1993, entorn de les nocions de *tercer estat segur* i d'*estat d'origen segur*. La reforma constitucional va anar acompanyada d'un debat intern en què

¹⁷⁰ D'acord amb el Conseil d'Etat (Fr), decisió de 17 de desembre de 1997, afer *Préfet du Rhône c. Mme Constantin*, núm. 184009, *RFDA*, vol. 14, núm. 1, 1998, pàg. 196.

¹⁷¹ Rudolph d'Haëm, *L'entrée et le séjour des étrangers en France*, *op. cit.*, pàg. 99.

¹⁷² *Aufenthaltsgesetz* (*AufenthG*) de 30 de juny de 2004 modificada el 15 de març de 2005, § 4 [s'utilitza la traducció en anglès, *Residence Act* de 30 de juny de 2004]. A la República Federal d'Alemanya l'1 de gener de 2005 va entrar en vigor la *Zuwanderungsgesetz* composta de la *Aufenthaltsgesetz* (*AufenthG*) [*Residence Act*] que substitueix la *Ausländergesetz* de 1990; la *Freizügigkeitsgesetz* (*FreizügG/EU*) [*Act on the General Freedom of Movement for Eu Citizens*]; i la *Aufenthaltungsverordnung* (*AufenthV*) [*Ordinance of residence*].

¹⁷³ *AufenthG 2004* §10.1.

la Cort constitucional federal alemanya va haver d'establir la constitucionalitat de la utilització d'aquestes nocions. El règim d'autorització d'entrada a Alemanya varia, també, depenent de les circumstàncies de l'arribada a Alemanya: les disposicions de la Llei del procediment d'asil¹⁷⁴ diferencien entre les arribades als llocs de control fronterer i les arribades per mitjans aeris.

d.1. La controvèrsia constitucional sobre les nocions de *tercer estat segur* i d'*estat d'origen segur*

429. La reforma constitucional de 28 de juny de 1993 va incorporar l'article 16a de la Llei Fonamental amb diverses excepcions a la possibilitat d'invocar el *dret d'asil* a Alemanya que, fins aleshores, havia estat un dret subjectiu absolut¹⁷⁵.

El paràgraf primer conserva l'articulat antic de l'article i disposa que *(e)ls perseguits polítics gaudeixen dret d'asil* i, en els paràgrafs 2 i 3 es contemplen excepcions a aquesta regla quan les persones provenen de determinats estats¹⁷⁶.

¹⁷⁴ *Asylverfahrensgesetz (AsylVfG)* modificada el 29 d'octubre de 1997 [s'empra la versió traduïda a l'anglès pel Minitre de l'Interior, *Asylum Procedure Act as amended of 29 October 1997, Refworld UNHCR-Legal Information*, vol. 12, 2004].

¹⁷⁵ El govern de la República Federal d'Alemanya d'aleshores va justificar la reforma normativa sobre el dret d'asil, en primer lloc, en l'increment d'abusos i la impossibilitat de continuar aplicant el dret d'asil previst a les lleis tant des del punt de vista *financer com social*. També es va destacar el fet que la presa de consciència dels abusos per part de la població, derivats d'una legislació insuficient, havia conduït a l'*explosió de violència dirigida contra els demandants d'asil*, i, finalment, es va fer referència al dret d'autodeterminació dels pobles, que prevaldria sobre el dret d'estada dels demandants d'asil. Ambaixada d'Alemanya a París, "Communiqué de l'office de presse et de l'information du Gouvernement allemand sur les modifications adoptées par le Bundestag à la loi sur le droit d'asile en Allemagne", Bonn, juny de 1993, *DAI*, núm. 18 (doc. 286), 15 setembre de 1993, pàgs. 387-389. Comenta críticament les perspectives de reforma, per considerar que en tot cas era necessari fer una aproximació més global i a llarg termini de tota la problemàtica de la immigració a Alemanya, específica, per raons històriques, Daniel Kanstroom, "Wer Sind Wir Wieder? Laws of Asylum, Immigration and Citizenship in the Struggle for the Soul of the New Germany", *YJIL*, vol. 18, 1993, pàgs. 155-211.

¹⁷⁶ D'acord amb l'article 16a de la Llei Fonamental de Bonn, introduït després que els principals partits polítics (CDU/CSU, FDP i SPD) arribessin a pactar l'*Estratègia conjunta respecte de les qüestions relatives a l'asil i la immigració*, coneguda com el *compromís de l'asil*:

1. *Els perseguits polítics gaudeixen del dret d'asil*
2. *No podrà invocar el paràgraf 1 qui, arribi d'un estat membre de les Comunitats europees o d'un altre estat tercer on l'aplicació de la Convenció relativa als refugiats i del Conveni europeu per a la protecció dels drets humans i de les llibertats fonamentals estigui garantida. Els estats que no són membres de les Comunitats europees en els quals les condicions de la primera frase es compleixen seran determinats per una llei que requerirà l'aprovació del Bundesrat. En els casos de la primera frase, es podran executar mesures que posin fi a l'estada independentment d'una via de recurs en contra seva.*
3. *Els estats en els quals la situació jurídica, l'aplicació del dret i les condicions generals semblen garantir que no existeixen persecucions polítiques ni penes o tractaments inhumans o degradants podran ser determinats per una llei que requerirà l'aprovació del Bundesrat. Un estranger que provingui d'un d'aquests estats no serà considerat com perseguït polític, a menys que faci valer fets dels quals es derivi que és perseguït políticament contràriament al que es suposava.*
4. *L'execució de mesures que posin fi a l'estada en els casos mencionats al paràgraf 3 i en altres casos manifestament injustificats o considerats com manifestament injustificats només serà suspesa pel tribunal si la legalitat de la mesura ha estat seriosament posada en dubte; l'abast de l'examen pot ser*

Segons el paràgraf segon, un estranger no pot invocar tenir *dret d'asil* si ha entrat en el país provenint d'un *tercer estat segur*. Pertanyen a aquesta categoria els estats membres de les Comunitats europees i altres estats tercers on es garanteix l'aplicació de la Convenció de Ginebra sobre l'estatut dels refugiats de 1951 i del Conveni europeu per a la protecció dels drets humans i de les llibertats fonamentals de 1950. Aquests darrers, seran determinats mitjançant llei del *Bundesrat* aprovada pel *Bundestag* i, en relació a aquest paràgraf les mesures d'allunyament poden ser executades immediatament.

El paràgraf tercer de l'article 16a de la Llei Fonamental contempla la possibilitat d'identificar estats, al marge dels anteriors, on la situació jurídica, l'aplicació del Dret i les condicions polítiques generals *semblen garantir* que no hi existeixen persecucions polítiques ni penes o tractaments inhumans o degradants. Aquests també seran determinats per llei del *Bundesrat* aprovada pel *Bundestag*, i els estrangers que en provinquin no seran, en principi, considerats perseguits polítics, tot i que s'accepta la possibilitat que un demandant d'asil faci valer fets d'on resulta que és perseguit políticament, contràriament al què es suposava.

Les dues primeres categories de països, com posa en relleu Rainer ARNOLD, són països *segurs ex lege*, i l'article 16a de la Llei Fonamental no s'aplica a les persones demandants d'asil que en provenen, tant si l'estranger s'hi havia instal·lat prèviament, com si només es tracta d'un país pel qual va transitar. La tercera categoria, per contra, són països on es presumeix que no s'hi és perseguit, tot i que es tracta d'una presumpció que admet prova en contrari, per tant, una presumpció *iurus tantum*¹⁷⁷.

430. La revisió de la Llei Fonamental va anar seguida de modificacions en la legislació interna, la Llei del procediment d'asil (*Asylverfahrensgesetz*), la Llei sobre l'entrada i residència dels estrangers en el territori de la República Federal o Llei d'estrangers (*Ausländergesetz*), i la Llei sobre prestacions als demandants d'asil (*Asylbewerberleistungsgesetz*), que van entrar en vigor l'1 de juliol de 1993, juntament amb la Llei de reforma de la *Grundgesetz*¹⁷⁸. Des de l'1 de gener de 2005, la Llei d'estrangers

reduït i la presentació de mitjans després del termini pot no ser pres en consideració. Les disposicions particulars seran objecte d'una llei.

5. *Els paràgrafs 1 a 4 no són obstacle a acords internacionals entre els estats membres de les Comunitats Europees i estats tercers que, tenint en compte les obligacions que es deriven de la Convenció relativa a l'estatut dels refugiats i del Conveni europeu per a la protecció dels drets humans i de les llibertats fonamentals, l'aplicació dels quals ha d'estar garantida en els estats contractants, defineixin les regles de competència per a l'examen de les demandes d'asil, incloent-hi el reconeixement mutu de decisions en matèria d'asil.*

¹⁷⁷ Rainer Arnold, "La réforme du droit d'asile en Allemagne", *RFDA*, vol. 10, núm. 2, 1994, npp 1, pàg. 278.

¹⁷⁸ Llei de 28 de juny 1993, sobre l'article 16a de la Llei Fonamental, *BGBl*, 1993.I.1002; Llei de 30 de juny de 1993, sobre les modificacions de la Llei de procediment en matèria d'asil, de la Llei sobre entrada i estada d'estrangers a la República Federal d'Alemanya i de la Llei sobre nacionalitat, *BGBl*, 1993.I.1062; i Llei sobre prestacions als demandants d'asil de 30 de juny de 1993, *BGBl*, 1993.I.1074; segons Rainer Arnold, "La réforme du droit d'asile en Allemagne", *loc. cit.*, npp 1, pàg. 276. En general, sobre la reforma del dret d'asil a Alemanya, Ulrich Becker, "Le droit d'asile en Allemagne après la réforme", *RFDA*, vol. 14, núm. 2, 1998, pàgs. 258-275; i Gabriella Mangione, *La revisione del "Grundgesetz" in materia di asilo*,

ha quedat substituïda per la *Aufenthaltsgesetz (AufenthG)* amb l'entrada en vigor de la *Zuwanderungsgesetz*.

La Cort constitucional federal d'Alemanya va haver de confirmar la constitucionalitat del nou article 16a de la Llei Fonamental, de les disposicions relatives a la Llei de procediment en matèria d'asil, i de les decisions administratives adoptades de conformitat amb aquestes disposicions, en tres decisions de 14 de maig de 1994¹⁷⁹.

431. En la decisió anomenada *estats de trànsit segurs (sichere Drittstaaten)*, la Cort constitucional va examinar dos recursos individuals, i va establir que la regla de l'*estat de trànsit segur* era compatible amb la Llei Fonamental. El primer recurs es referia a un demandant d'asil iranià que va entrar a Alemanya via terrestre, després d'haver transitat per Hongria i Àustria i, l'altre a una demandant d'asil iraquiana que va arribar a Alemanya per via aèria després de passar per Turquia i Grècia. La Cort va considerar que aquesta regla, inclosa a l'article 16a de la Llei fonamental, era compatible amb l'article 79.3 que estableix com a límits a la revisió constitucional, la preservació del nucli dur de la norma constitucional, és a dir, de les regles de l'estat de Dret, el federalisme, la democràcia, i els principis de l'article 1 (respecte de la dignitat de la persona humana, existència de drets intangibles i inviolables i el caràcter imperatiu i immediatament aplicable dels drets fonamentals).

En aquest examen de la *supraconstitucionalitat* de la llei de revisió constitucional, la Cort va dir que el dret d'asil estava *a disposició del titular del poder constituent derivat* i que, per tant, el sistema de determinació de països segurs mitjançant llei, i la reducció de la protecció jurisdiccional de qui prové d'un estat de trànsit segur, eren compatibles amb la Llei Fonamental. En contra d'aquesta resposta, una part de la doctrina va considerar que precisament i incontestable el dret d'asil és un dels drets fonamentals més estretament lligats a la dignitat de la persona humana¹⁸⁰.

En aquesta decisió, la Cort constitucional va confirmar que els estats membres de la Unió europea eren correctament considerats *segurs* per la Llei Fonamental, i que, pel que fa als altres estats a què es refereix el paràgraf 2 de l'article 16a, cal assegurar que s'apliquen la Convenció de Ginebra de 1951 i el Conveni europeu de 1950, però també que

Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1994. Per a una anàlisi comparada dels canvis constitucionals de mitjans dels noranta a França i Alemanya, Karin Oellers-Frahm, Andreas Zimmermann, "France's and Germany's Constitutional Changes and their Impact on Migration Law -Policy and Practice-", *GYIL*, vol. 38, 1995, pàgs. 249-283.

¹⁷⁹ Cort constitucional federal (A), decisió de 14 de maig de 1996, 2BvR 1938/93, 2315/93, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE)* tom 94, pàg. 94. *Refworld UNHCR-Legal Information*, 7ª ed. gener 1999, signatura catàleg: CAS/DEU/141 (abstract). Cort constitucional federal (A), decisió de 14 de maig de 1996, 2BvR H1507/93, *BVerfGE* tom 94, pàg. 115; i Cort constitucional federal (A), decisió de 14 de maig de 1996, 2BvR H1508/93, *BVerfGE* tom 94, pàg. 166; segons Rainer Arnold, "Chronique de jurisprudence constitutionnelle allemande (année 1996)", *AJDA* núm. 4, 1997, pàgs. 335-338.

¹⁸⁰ Michel Fromont, "République fédérale d'Allemagne: La jurisprudence constitutionnelle en 1996 et 1997", *RDP* núm. 2, 1999, pàg. 517.

la seva normativa interna no permeti el refús dels estrangers cap a països on puguin patir temor de persecució, puguin ser sotmesos a *refoulement* en el sentit de l'article 33 de la Convenció de Ginebra, o puguin patir tractaments contraris a l'article 3 del Conveni europeu. La Cort constitucional es basa en la noció d'*establiment normatiu de certesa* (*normative Vergewisserung*), segons la qual la *seguretat* d'estats tercers pot ser establerta per llei. El resultat de la determinació dels països segurs simplement cal que sigui *justificable* (*vertretbar*). Pel que fa als estats membres de la Unió europea, l'establiment de certesa es basa en una *ampla convicció legal comuna* (*im wesentlichen einheitliche Rechtsüberzeugung*) i, pel que fa als altres, la Cort considera que un estat tercer pot ser considerat *segur* si ell mateix aplica el concepte d'*estat tercer segur* en relació a d'altres estats, és a dir, que apliquin procediments formals o protecció efectiva contra el *refoulement*¹⁸¹.

La Cort constitucional, finalment, va considerar que hi ha algunes excepcions a l'*establiment normatiu de certesa*, ja que en alguns casos poden ser invocades circumstàncies excepcionals que imposen un examen de la situació abans del retorn al tercer estat. En aquests casos es pot parlar d'una possibilitat limitada de refutar la presumpció de *seguretat* d'un tercer estat. Per a això, poden invocar-se, (a) circumstàncies que el legislador, a l'hora de determinar un país com a segur, no va poder tenir en compte; (b) que el demandant d'asil corre el risc de ser condemnat a mort en el tercer estat *segur* (per si sola aquesta circumstància no és suficient per determinar un estat com a no segur, si l'aplicació d'aquesta mesura es excepcional); (c) que el demandant d'asil corre el risc de ser víctima de crims que l'estat tercer no pot prevenir; (d) que el tercer estat *segur* recorre a mesures de persecució política o tractaments inhumans o degradants; (e) que el demandant d'asil no pot ser retornat per raons personals o humanitàries (salut, embaràs avançat); o bé, (f) que la situació en el país tercer en relació a l'aplicació de la Convenció de Ginebra de 1951 o del Conveni europeu ha canviat dramàticament (*schlagartig*) i el legislador no ha tingut encara temps de reaccionar al canvi de circumstàncies¹⁸².

¹⁸¹ L'ACNUR mantenia una posició contrària a la de la Cort perquè defensava que un dels elements que calia assegurar per a que un estat fos considerat segur és la garantia individual d'accés a un procediment d'asil en el tercer estat, així com la possibilitat de refutar la presumpció respecte de la seguretat del tercer estat. Cort constitucional federal (A), decisió de 14 de maig de 1996, *Refworld UNHCR-Legal Information*, 7ª ed. gener 1999, signatura catàleg: CAS/DEU/141 (abstract).

¹⁸² *Ibidem*. La Cort Constitucional federal ja havia tingut ocasió de pronunciar-se abans sobre la transcendència d'un canvi de circumstàncies, en un cas en què el tribunal d'instància s'havia negat a veure un vídeo que havia presentat en demandant d'asil per tal d'actualitzar la informació sobre el seu país d'origen. La Cort constitucional va considerar aquest acte com a *deposició d'evidència*, i apareixen dubtes sobre la precisió dels fets establerts per un tribunal quan la jurisprudència i les apreciacions d'experts en què es basa no són prou recents, i s'ofereixen elements que suggereixen que poden haver ocorregut canvis entretemps que requereixen una actualització de dades i una revisió de jurisprudència. Cort constitucional federal (A), 5 de febrer de 1993, 2BvR 1294/92. *Refworld UNHCR -Legal Information*, 7ª ed. gener 1999, signatura catàleg: CAS/DEU/125 (abstract).

El concepte de *tercer estat segur* pot aplicar-se quan el demandant d'asil només ha transitat per aquest, sense haver-s'hi estat gaire temps, i tampoc cal que sigui l'últim estat on ha estat per procedir al retorn.

432. En la segona decisió de 14 de juny de 1996, anomenada *estats d'origen segurs*, la Cort constitucional va haver d'examinar la constitucionalitat de les mesures adoptades pel legislador en aplicació de l'article 16a.3, en un cas en què es discutia la determinació de Ghana com a *país segur*. Per cinc vots contra tres, finalment, es va considerar constitucional la inscripció de Ghana en la llista d'*estats d'origen segurs*, sobre la base de que el legislador té un ample marge d'apreciació i decisió (*Beurteilungsspielraum*) que no és controlable per la Cort constitucional, si ha actuat de forma raonable i es fonamenta en deliberacions acceptables o, el que és el mateix, si s'ha *deixat portar per bones raons* (*von guten Gründen leiten lassen*)¹⁸³. Dels tres membres que votaren en contra, dos van manifestar que Ghana no era, a parer seu, un país segur¹⁸⁴.

La Cort constitucional va establir, no obstant, que, en la seva determinació dels tercers estats segurs, el legislador havia de tenir en compte totes les fonts disponibles, especialment els informes de les missions diplomàtiques i organismes internacionals importants com l'ACNUR, els quals havien de poder oferir una impressió fiable de les condicions en l'estat. La possibilitat de revisió jurisdiccional es limita a la justificabilitat (*vertretbarkeit*) de la determinació. D'altra banda, la presumpció de l'article 16a.3 es refereix només a l'absència de persecució política, i no a l'absència de tractaments o càstigs inhumans o degradants. La presumpció pot ser refutada demostrant que es té un temor fonamentat de persecució¹⁸⁵.

433. Finalment, la darrera decisió de 14 de juny de 1996, que es coneix per *procediment en els aeroports*, confirma la constitucionalitat de les disposicions legislatives relatives al procediment de *refoulement* aplicable a les demandes d'asil manifestament no fonamentades de persones que arriben a Alemanya per via aèria. En aquesta decisió, el supòsit de fet es referia al cas d'una persona nacional de Togo que, abans d'arribar a l'aeroport de Frankfurt, havia transitat per Nigèria¹⁸⁶.

¹⁸³ Rainer Arnold, "Chronique de jurisprudence constitutionnelle allemande (année 1996)", *loc. cit.*, pàg. 337.

¹⁸⁴ Michel Fromont, "République fédérale d'Allemagne: La jurisprudence constitutionnelle en 1996 et 1997", *loc. cit.*, pàg. 519.

¹⁸⁵ Vicki Traulsen, "The German Federal Constitutional Court's Decision on Asylum Law", *GYIL*, vol. 39, 1996, pàg. 551.

¹⁸⁶ En aquest cas es va confirmar la constitucionalitat de la reforma constitucional i legislativa, tot i que al final, es va anul·lar la decisió del Tribunal administratiu per violació del caràcter contradictori del procediment. El demandant havia arribat a l'aeroport de Frankfurt el primer dia de l'entrada en vigor de la nova legislació, i la seva arribada va ser objecte de reportatges on es va revelar la seva identitat, per la qual cosa, corria el risc de persecució en el país d'origen si hi retornava. Michel Fromont, "République fédérale d'Allemagne: La jurisprudence constitutionnelle en 1996 et 1997", *loc. cit.*, pàgs. 521-522.

d.2. L'entrada en el territori dels demandants d'asil en frontera: els poders de l'autoritat fronterera

434. A la República Federal d'Alemanya, quan els demandants d'asil arriben a les fronteres del país per via terrestre, en realitat, no s'aplica un veritable procediment formal d'admissibilitat. D'acord amb el paràgraf 18 de la Llei del procediment d'asil (*AsylVfG*), en principi, quan una persona demana asil a una autoritat fronterera o de policia serà transferida immediatament per tal de ser registrada al centre de recepció competent, o al més proper. Malgrat això, que sembla establir un principi d'entrada i estada en el territori, es pot refusar l'entrada si:

1. *entra des d'un tercer país segur;*
2. *són òbviament d'aplicació els requisits de la secció 27, paràgraf 1 o 2; és a dir, que prové d'un tercer estat d'asil; o*
3. *si suposa una amenaça per a la seguretat pública, perquè ha estat condemnat definitivament amb una pena de presó d'almenys tres anys a la República Federal d'Alemanya degut a un delictes particularment greu i quan la sortida del país no va tenir lloc més de tres anys enrera.*

Si els estrangers travessen els espais físics on es fan els controls de frontera únicament als efectes de preparar o implementar l'allunyament, com s'ha dit abans, es considera que no han *entrat* en el territori del país.

En cas que aquestes persones siguin interceptades a les fronteres terrestres o prop d'elles, les autoritats frontereres poden refusar-les immediatament cap el lloc d'on han vingut (*AsylVfG* §18), ja que tots els estats que tenen una frontera comú amb Alemanya són considerats *tercers estats segurs*. En aquests casos, en general, l'afer no és transferit a l'Oficina Federal per a la migració i els refugiats (BAMF) per al reconeixement de refugiats, que és l'òrgan encarregat de les decisions relatives a asil i refugi, ni tampoc s'inicia un procediment d'asil¹⁸⁷.

Quan l'estranger prové d'un *tercer estat segur*, les autoritats únicament han d'evitar refusar-li el permís per entrar si Alemanya és responsable d'examinar la demanda d'asil en base als compromisos internacionals, o si el ministre d'interior ha ordenat permetre-li l'entrada per raons de caràcter humanitari o internacionals, o per tal de salvaguardar interessos polítics de la República Federal d'Alemanya (*AsylVfG* §18.4).

d.3. Les demandes d'asil presentades dins del territori

435. En cas que la persona que pretén demanar asil ja hagi penetrat en el territori, ha de presentar-se el més aviat possible en un centre de recepció, davant d'una autoritat d'estrangers, en una comissaria de policia, o bé directament a l'Oficina Federal (BAMF) on, en tot cas, s'ha de fer arribar la sol·licitud¹⁸⁸. En aquests casos, l'Oficina federal ha de

¹⁸⁷ ACNUR, *Reception Standards For Asylum Seekers In the European Union*, op. cit., pàg. 85.

¹⁸⁸ *AsylVfG* §13.3. En principi, tal com va dir la Cort constitucional alemanya el gener de 1994, el dret

clarificar els fets del cas i recollir les evidències suficients, si de cas, amb una audiència personal amb l'interessat, que pot ser omesa si l'Oficina està disposada a donar l'asil o si el mateix demandant reconeix provenir d'un *tercer estat segur*¹⁸⁹.

D'acord amb les disposicions de la Llei del procediment d'asil, que va implementar les noves disposicions constitucionals, les demandes d'asil poden ser refusades per irrellevants, per manifestament infundades o per infundades.

Una demanda d'asil és *irrellevant* si és *manifest* que l'estranger ja estava segur davant la possibilitat de patir persecució política en un tercer estat, i si el seu retorn cap aquest estat o cap un altre estat on estigui segur de patir persecució política és possible. Les demandes d'asil sempre són irrellevants si un altre estat és responsable de fer-se càrrec de tramitar la demanda i, també, si un altre estat assumeix aquesta responsabilitat¹⁹⁰.

436. Una demanda d'asil és *manifestament infundada* si:

- a. el demandant d'asil prové d'un *estat d'origen segur* en el sentit de l'article 16a 3 de la Llei Fonamental, excepte si els fets o les proves proporcionades per l'estranger aporten motius per presumir que corre el risc de patir persecució política en el seu país d'origen, malgrat la situació general indiqui el contrari¹⁹¹; o
- b. els requisits per al reconeixement d'una persona com a mereixedora d'asil i els requisits per a que una persona no pugui ser expulsada, com a víctima de persecució política (*AuslG* § 51.1), òbviament no es compleixen¹⁹²;
- c. si resulta obvi de les circumstàncies del cas que l'estranger s'està en el territori de la República federal només per raons econòmiques o per tal d'evitar una situació general d'emergència o un conflicte armat¹⁹³;
- d. si es dona una de les circumstàncies següents¹⁹⁴:

individual d'asil de l'article 16a de la Llei Fonamental es basa en una connexió causal entre la persecució i la partida del país, això no obstant, no s'impedirà necessàriament a un estranger que demani asil si el perill de persecució política s'esdevé després que el demandant deixés el seu país. Cort constitucional federal (A), 19 de gener de 1994, 2BvR 81/93. *Refworld UNHCR-Legal Information*, 7ª ed. gener 1999, signatura catàleg: CAS/DEU/130 (abstract).

¹⁸⁹ *AsylVfG* §24 i 25.

¹⁹⁰ *AsylVfG* §29. Si el retorn és impossible en un període de tres mesos, el procediment d'asil ha de continuar a Alemanya.

¹⁹¹ *AsylVfG* §29a. En l'Apèndix II de la *AsylVfG* s'estableix quins són els estats d'origen segurs: Bulgària, Gana, Polònia, Senegal, la República d'Eslovàquia, la República Txeca i Hongria. El govern federal pot resoldre que un d'ells ha deixat de ser segur mitjançant una decisió que com a màxim pot ser vàlida durant sis mesos (*AsylVfG* §29a.3). Els criteris per determinar que les condicions en el país permeten tenir-lo com a *segur* són: (1) la taxa de reconeixement d'asil en els anys precedents, (2) la situació política general, com per exemple, estructura democràtica..., (3) el compliment de drets humans, per exemple, compliment del Pacte de drets civils i polítics de Nacions Unides, (4) la disponibilitat de l'estat d'origen en permetre l'accés al territori a organitzacions internacionals independents per a la protecció dels drets humans, (5) l'estabilitat general del país. Olaf Reermann, "Committee on Refugee Procedures. Working Session. Tuesday, 16 August 1994 at 9.00 A.M.", *International Law Association, Report of the Sixty-Sixth Conference*, Buenos Aires, 1994, pàg. 293.

¹⁹² *AsylVfG* §30.1.

¹⁹³ *AsylVfG* §30.2.

1. les afirmacions del demandant, en els seus aspectes principals, bé no estan fonamentades o són contradictòries, o òbviament no coincideixen amb els fets o estan basades en evidències negligents o falsificades;
2. l'estranger enganya en el procediment d'asil sobre qüestions com la identitat o la nacionalitat o refusa establir la seva identitat o nacionalitat;
3. la persona ha donat dades personals diferents i presentat una altra demanda d'asil;
4. la persona ha presentat una demanda d'asil per evitar l'acabament imminent de la residència tot i que abans va tenir temps suficient per presentar la demanda;
5. la persona ha violat greument la seva obligació de cooperar, excepte si no és responsable de la violació de l'obligació de cooperar o no estava en una situació, per raons importants, de complir amb les seves obligacions de cooperar¹⁹⁵; o
6. si ha estat expulsat forçosament d'acord amb la *Ausländergesetz (AuslG)* §47¹⁹⁶;

¹⁹⁴ *AsylVfG* §30.3.

¹⁹⁵ Les obligacions de cooperar s'estableixen a *AsylVfG* §13.3 paràgraf 2, *AsylVfG* §15.2 paràgrafs 3 a 5, i *AsylVfG* §25.1.

¹⁹⁶ En aquesta disposició s'establia que per haver-hi un risc especial, un estranger (a) seria deportat si havia estat condemnat a una pena d'almenys 5 anys de presó per delictes dolosos, o si en diverses sentències havia acumulat penes de presó de més de 8 anys; i (b) seria normalment deportat si havia estat condemnat; si estava implicat en actes de tràfic de drogues; etc. Ara, la *AufenthG* ha rebaixat els criteris per a que un estranger hagi de ser expulsat (*AufenthG* §53) i per a que generalment sigui expulsat (*AufenthG* §54). D'acord amb l'article 53, un estranger serà expulsat si (1) *ha estat condemnat per sentència ferma a com a mínim a 3 anys de presó o custòdia juvenil per un o més delictes dolosos, o a diversos períodes de presó o custòdia juvenil per delictes dolosos que en total sumin al menys tres anys en un període de cinc o ha estat dictada presó preventiva en relació amb la condemna ferma més recent;* (2) *ha estat condemnat per sentència ferma al menys a 2 anys de custòdia juvenil o a presó per un delicte dolós previst a la Llei de narcòtics, per una ruptura de la pau en les condicions de l'article 125a.2 del Codi Penal o per una ruptura de la pau comesa en una reunió pública prohibida o en una manifestació prohibida d'acord amb l'article 25 del Codi Penal i la sentència no ha estat suspesa;* i d'acord amb l'article 54, un estranger serà normalment expulsat si (1) *ha estat condemnat per sentència ferma al menys a dos anys de presó o custòdia juvenil per un o més delictes dolosos i la sentència no ha estat suspesa;* (2) *ha estat condemnat per sentència ferma de tràfic d'estrangers d'acord amb l'article 96;* (3) *cultiva, produeix, importa, transporta a través del territori federal, exporta, ven, posa en circulació per altres mitjans o trafica amb narcòtics sense autorització i contravenint les disposicions de la Llei de Narcòtics, o si ajuda o és còmplice d'aquests actes;* (4) *participa com a autor o còmplice en actes de violència contra persones o propietats comesos concertadament en una multitud de manera que posi en perill la seguretat pública en una reunió pública prohibida o dissolta o en una manifestació prohibida o dissolta;* (5) *els fets condueixen justificadament a la conclusió que l'estranger pertany o ha pertangut a una organització que recolza el terrorisme o recolza o ha recolzat aquesta organització; l'expulsió només pot estar basada en la pertinença o en actes de suport del passat si són fonament d'un perill actual important;* (5a) *fa perillar l'ordre bàsic democràtic i lliure o la seguretat de la República federal d'Alemanya, participa en actes de violència o incita públicament a la violència perseguint objectius polítics;* (6) *en el transcurs d'una entrevista que serveix per clarificar aspectes relatius a l'entrada o la continuació de la residència, omet expressar estades prèvies a Alemanya o altres estats a la missió diplomàtica fora del país o a l'autoritat d'estrangers o proporciona informacions falses o incompletes sobre punt clau respecte dels lligams amb persones o organitzacions que són sospitoses de recolzar el terrorisme internacional; l'expulsió per aquest motiu només és permesa si l'estranger ha estat expressament informat abans de l'entrevista de l'objecte relacionat amb la seguretat de l'entrevista i de les conseqüències legals de proporcionar informacions falses o incompletes;* (7) *ha pertangut a la*

- e. si es compleixen els requisits de la *AuslG* § 51.3¹⁹⁷;
- f. si, pel seu contingut, la demanda no constitueix una demanda d'asil en el sentit de la *AsylVfG* §13.1¹⁹⁸.

Segons el paràgraf 4 de la *AsylVfG* §30, una demanda d'asil també és manifestament infundada si es compleixen els requisits de l'*Ausländergesetz* § 51.3. En aquesta disposició es preveia, al paràgraf 1, que un estranger no podria ser expulsat a un estat on la seva vida o la seva llibertat estigués amenaçada degut a la seva raça, religió, nacionalitat, pertinença a un grup social particular o les seves conviccions polítiques. Ara aquest mandat es preveu a la *AufenthG* §60, que hi ha afegit les persecucions per motius basats en el sexe i, expressament, també les persecucions fetes per agents no estatals. En el paràgraf 3 de la *AuslG* § 51 s'establia una excepció a aquest mandat que va ser modificada arran de la resolució 1373 del Consell de Seguretat, i que, amb la *Zuwanderungsgesetz* ara es contempla a la *AufenthG* §60.8:

El paràgraf 1 no s'aplicarà si, per raons serioses, l'estranger constitueix una amenaça per a la seguretat de la República Federal d'Alemanya o constitueix un risc per a la població perquè ha estat condemnat per sentència ferma a una pena de presó de com a mínim tres anys per haver comès un crim o un delictes particularment greu. Igualment passarà si hi ha raons serioses per considerar que l'estranger ha comès un crim contra la pau, un crim de guerra, o un crim contra la humanitat en el sentit dels instruments internacionals adoptats respecte d'aquests crims, o que ha comès un crim greu de caràcter no polític fora de la República Federal d'Alemanya abans de la seva admissió en el país com a refugiat, o ha estat trobat culpable d'actes contraris als propòsits i principis de les Nacions Unides¹⁹⁹.

En aquest cas, com també passava a França, una clàusula del tipus com les que apareixen a la Convenció de Ginebra com a motius de cessació de la condició de refugiat, es converteix en una clàusula d'exclusió de l'estatut, que permet un *refoulement* gairebé immediat.

direcció d'una organització que ha estat incontestablement prohibida perquè els seus objectius o activitats vulnereu les lleis penals o s'oposa a l'ordre constitucional o internacional.

¹⁹⁷ *AsylVfG* §30.4.

¹⁹⁸ *AsylVfG* §30.5. Segons l'*AsylVfG* §13.1, *Una demanda d'asil s'ha d'entendre feta, si es pot derivar del desig expressat pel demandant de forma escrita, oralment o d'una altra manera que cerca en el territori federal protecció davant de persecució política o que busca protecció davant de deportacions o altres retorns a un estat on seria subjecte d'amenaques de les descrites a l'article 51 paràgraf 1 de la Llei d'estrangers.* La *AuslG* § 51 establia la prohibició d'expulsar estrangers cap a un estat on la seva vida o llibertat estigués amenaçada per motiu de raça, religió, nacionalitat, pertinença a un determinat grup social o conviccions polítiques. Ara aquesta disposició s'estableix a la *AufenthG* §60.1, respecte de la prohibició de deportació d'estrangers.

¹⁹⁹ A la *AufenthG* §60 s'han ordenat i reprès, també, altres motius de prohibició de deportació, per ajustar-los a l'harmonització europea sobre la protecció subsidiària. Entre d'altres, tampoc es pot deportar un estranger cap un estat on podria ser sotmès a tortura (*AufenthG* §60.2); cap un estat on podria ser condemnat i aplicada la pena de mort (*AufenthG* §60.3); si la deportació és inadmissible en els termes del Conveni de Roma de 1950 sobre la protecció dels drets humans i les llibertats fonamentals (*AufenthG* §60.5); o cap un estat on hi ha un perill concret i important per a la seva vida, integritat o llibertats (*AufenthG* §60.7).

437. Una demanda d'asil és *infundada* (a la Llei dels procediments d'asil s'empra l'expressió "una persona no serà reconeguda com a asilada") quan la persona prové d'un *tercer estat segur*; quan té protecció d'un *primer país d'asil*; o bé, quan l'amenaça de patir persecució política es basa en circumstàncies que resulten d'una decisió deliberada adoptada per l'estranger després d'haver entrat en el territori, *excepte si la seva decisió està en la línia de conviccions fermes que va expressar manifestament mentre encara estava en el seu país d'origen*²⁰⁰.

El *tercers estats segurs* són els estats membres de les Comunitats europees i els que s'expressen a l'Apèndix I de la Llei del procediment d'asil: Noruega i Suïssa (els altres que es mencionen ja han passat a ser membres de la UE)²⁰¹. No es podrà, de tota manera, refusar l'asil, si consta que l'estranger tenia una autorització de residència de la República Federal Alemanya quan va entrar en el tercer estat segur; si Alemanya és responsable de portar a terme el procediment d'asil d'acord amb els compromisos internacionals adoptats amb el tercer país; o si el ministre d'interior ha ordenat que es permeti l'entrada en el territori de la persona per raons internacionals o humanitàries²⁰².

Si es pot determinar l'estat tercer segur d'on prové la persona, el refús es pot executar immediatament sense una decisió sobre el fons, independentment de la possibilitat de recórrer la decisió, fins i tot des d'un tercer estat²⁰³. Això no obstant, en molts casos l'estat tercer segur específic no pot ser determinat per la manca de cooperació del demandant d'asil, llavors, s'ha de continuar el procediment ordinari per a la concessió d'asil²⁰⁴. En aquests casos, l'asil serà denegat per provenir l'un *tercer estat segur* tot i que no s'hagi determinat concretament aquest estat²⁰⁵, i podrà, com a molt, concedir-se protecció contra la deportació que convertirà els demandants en *inexpulsables*. Les persones respecte de qui no es pot aplicar una mesura d'expulsió o deportació l'acord amb la *AufenthG* §56 (protecció contra les mesures d'expulsió) o la *AufenthG* §60 (protecció contra deportació), reben un certificat que justifica la suspensió temporal de la deportació que

²⁰⁰ *AsylVfG* §26-28.

²⁰¹ Es preveu a la *AsylVfG* §26a.3 que el govern federal pot resoldre sense el consentiment del *Bundesrat* que un d'aquests estats ha deixat de ser un tercer estat segur si, canvis en la seva situació legal o política, fan sospitar que els requisits de l'article 16a.2 de la Llei Fonamental han deixat d'existir (aquesta resolució tindrà una validesa màxima de sis mesos).

²⁰² *AsylVfG* § 26a.1.

²⁰³ *AsylVfG* § 34a.

²⁰⁴ Federal Ministry of the Interior of Germany, *Immigration Law and Policy*, març de 2005.

²⁰⁵ La Cort constitucional federal va dir a la decisió de 14 de maig de 1996 *estats de trànsit segurs (sichere Drittstaaten)*, que un demandant d'asil pot ser exclòs de la protecció de l'article 16a de la Llei Fonamental si l'específic tercer estat des d'on va entrar en el territori no pot ser establert però va entrar per via terrestre. El concepte de tercer estat segur s'aplica llavors, inclús quan la persona no pot ser retornada al tercer estat. La Cort constitucional va dir també en aquesta decisió que la regla del tercer estat segur pot aplicar-se també en els casos en què la persona únicament ha transitat pel tercer estat segur, el qual no cal ni que sigui l'últim abans de l'entrada a Alemanya.

pot durar un màxim de 6 mesos²⁰⁶. Més enllà d'aquest termini l'autoritat del Land haurà de concedir un permís de residència temporal d'acord amb les disposicions de la *Aufenthaltsgesetz* §23.1 (d'una durada màxima de tres anys).

Els primers països d'asil (a la Llei s'utilitza l'expressió de lloc o país on l'estranger està segur davant de persecució) són aquells *tercers estats segurs*, o estats que compleixen amb la convenció de Ginebra i poden ser considerats segurs des del punt de vista que el demandant no hi patirà persecució. Bé perquè el demandant d'asil té un document de viatge expedit per aquest estat; o bé perquè hi ha residit per un període superior a tres mesos abans d'entrar en el territori de la República Federal. La denegació d'asil no es produirà si el demandant aporta proves que en aquest tercer estat no està segur contra la prohibició de *refoulement*²⁰⁷.

438. Si el BAMF refusa la demanda d'asil per *irrellevant* o *manifestament infundada*, l'estranger ha de sortir del territori en el termini d'una setmana. En aquest mateix termini es podrà posar un recurs davant dels tribunals administratius que resoldran també en el termini d'una setmana (prorrogable) des de la interposició del recurs. En principi, no s'executarà cap ordre d'expulsió abans de la decisió ferma²⁰⁸. Si la demanda és refusada per *infundada*, el termini és d'un mes²⁰⁹. Un cop esgotats els recursos i executable l'allunyament, encara és possible demanar protecció provisional a un tribunal administratiu que podrà suspendre la decisió d'allunyament del territori si hi ha *dubtes seriosos sobre la legalitat de la mesura*²¹⁰; i també, si hi ha raons previstes per la llei que fan que la persona no pugui ser expulsada temporalment, llavors, es decretarà una primera suspensió de l'expulsió per a un període de tres mesos o sis mesos²¹¹.

Els demandants d'asil estan protegits contra l'execució d'eventuals mesures d'expulsió per la *Aufenthaltsgesetz* §56.4, que estableix que les persones que han demanat asil només podran ser expulsades si la decisió de no concedir asil és ferma i si no s'hi oposa alguna de les circumstàncies de la *AufenthalG* §60.1. Aquesta prohibició d'expulsió només podria ser obviada si *els fets o les circumstàncies justifiquen l'expulsió* perquè hi ha *raons serioses relatives a la seguretat pública la llei i l'ordre*. Aquests fets o circumstàncies generalment existiran si l'estranger està implicat en accions contràries a la seguretat pública, és un perill per a la població, està implicat en actes o organitzacions terroristes, etc.²¹²

²⁰⁶ *AufenthG* §60a.

²⁰⁷ *AsylVfG* §27.3.

²⁰⁸ *AsylVfG* §36.

²⁰⁹ *AsylVfG* §38.

²¹⁰ D'acord amb l'article 16a.4 de la Llei Fonamental.

²¹¹ *AsylVfG* §39-43b.

²¹² És a dir, si es donen circumstàncies de les enumerades a la *AufenthG* §53 i 54.5, 5a i 7. *Vid. Supra* npp 196.

d.4. L'entrada en el territori dels demandants d'asil que arriben per mitjans aeris:
demandes d'asil *manifestament infundades*

439. En el cas que els demandants d'asil arribin per via aèria als aeroports, la secció 18a de la *Asylverfahrensgesetz* preveu un procediment específic. Quan els demandants arriben a l'aeroport des d'estats d'origen segurs segons la secció 29a, o bé no poden provar la seva identitat amb un passaport vàlid o un altre document, el procediment d'asil ha de ser endegat abans que s'adopti una decisió sobre la seva *entrada formal* en el territori, en la mesura que puguin ser allotjats en l'aeroport durant aquest temps.

El demandant ha de poder presentar la sol·licitud d'asil a l'Oficina federal (BAMF) assignada al lloc del control fronterer. Cal que immediatament s'escolti el demandant en persona, i que tingui l'oportunitat d'entrar en contacte amb un advocat. L'Oficina ha de resoldre el cas en dos dies. Si la demanda és considerada manifestament infundada es refusa l'entrada al demandant d'asil, i totes dues decisions són notificades per l'autoritat fronterera. Des d'aquesta data el demandant té la possibilitat de demanar a un tribunal administratiu *protecció provisional* abans de tres dies, petició que ha de ser resolta en catorze dies com a màxim. En total, el demandant d'asil no pot estar-se en la zona de trànsit de l'aeroport més de 19 dies.

L'estranger demandant d'asil que ha arribat via aèria, i que es troba en la zona d'espera de l'aeroport, només podrà *entrar* en el territori si l'Oficina federal informa a l'autoritat fronterera que no pot decidir el cas en el període que té assignat, si no adopta efectivament una decisió en dos dies des de la presentació de la sol·licitud, o si el tribunal administratiu no resol abans de dues setmanes la petició de protecció (l'atorgament d'aquesta comporta permís d'entrada i suspensió de la deportació)²¹³. D'acord amb aquesta normativa, s'entén que l'estranger que demana asil a l'aeroport no ha entrat en el territori, ni tampoc pot fer-ho sortint de la zona de trànsit mentre dura el procediment. La determinació d'una demanda d'asil com a *manifestament infundada* per part de l'Oficina federal comporta el refús d'un permís d'entrada per a l'estranger, però aquesta mesura no pot ser executada allunyant el demandant cap un altre país abans que el tribunal administratiu resolgui sobre la sol·licitud de protecció, cas que es presenti.

e. *L'admissió en el territori dels demandants d'asil al Regne Unit*

440. En els darrers anys, al Regne Unit s'han fet tres revisions legislatives sobre immigració i asil: la *Immigration and Asylum Act 1999*²¹⁴, la *Nationality, Immigration and Asylum Act 2002*²¹⁵, i la *Asylum and Immigration (Treatment of Claimants, etc.) Act*

²¹³ *AsylVfG* §18a. 5 i 6.

²¹⁴ La *Immigration and Asylum Act 1999 Chapter c.33*.

²¹⁵ *Nationality, Immigration and Asylum Act 2002 Chapter 41*.

2004²¹⁶. El principal objectiu d'aquestes noves legislacions, especialment la darrera és evitar i sancionar la immigració il·legal. Aquest fet condiona la gestió que es fa de l'asil, especialment de l'admissió dels demandants d'asil en el territori²¹⁷.

A finals dels anys noranta, els actors estatals i també la doctrina van posar de manifest que el sistema per a la gestió de la immigració al Regne Unit havia entrat en una crisi de funcionament que incidia en la seva legitimitat i autoritat, principalment per causa de la seva complexitat i mancances²¹⁸. En aquest context, el govern laborista va presentar el juliol de 1998, un document titulat *Fairer, Faster and Firmer-A Modern Approach to Immigration and Asylum*, on es recullen els principals eixos per a una acció futura de racionalització i modernització del sistema²¹⁹. En general, s'apostava per una aproximació integrada dels aspectes relatius a la immigració i a l'asil, sense que es perdés el caràcter específic de l'asil en relació als controls migratoris, i per la transparència i honestedat en relació al control de la immigració, per tal de recuperar la confiança pública, mantenint, però, el compromís de la protecció dels drets humans²²⁰. En el capítol 8 d'aquest document s'exposen els principals objectius pel que fa als *Procediments d'asil*, que giren entorn de quatre idees principals. En primer lloc, l'establiment d'un *nou compromís* que assegurí el suport als veritables refugiats i dissuadeixi els demandants abusius a partir d'un sistema eficient que comporti obligacions pel govern de l'estat (protegir els refugiats veritables, resoldre ràpidament les demandes, i assegurar-se que cap demandant resta indigent mentre es resol la sol·licitud i apel·lació) i obligacions pels demandants (cooperar, dir la veritat, complir la llei, mantenir-se en contacte amb les autoritats que examinen la demanda, i marxar del país si es refusa la sol·licitud)²²¹.

En segon lloc, una *aproximació integrada*, on s'asseguri que els procediments per tractar les demandes d'asil s'inscriguin en el marc d'un control de la immigració integrat, ja

²¹⁶ *Asylum and Immigration (Treatment of Claimants, etc.) Act 2004 Chapter 19.*

²¹⁷ Un descripció de l'entorn social i polític que envolta les primeres revisions legislatives britàniques, basat en una por creixent a l'estranger percebut com a amenaça, es pot trobar a Michael Dummett, *Sobre inmigración y refugiados*, traducció de Miguel Ángel Coll, Madrid: Cátedra, 2004 (1ª ed. en anglès de 2001), pàgs. 121-146.

²¹⁸ Colin J. Harvey, "Immigration and asylum law: new covenants and familiar challenges", *PL*, primavera de 1999, pàgs. 23-24.

²¹⁹ Home Department (UK), *Fairer, Faster and Firmer-A Modern Approach to Immigration and Asylum*, presentat pel *Secretary of State of the Home Department by Command of Her Majesty*, juliol 1998.

²²⁰ Colin J. Harvey, "Immigration and asylum law: new covenants and familiar challenges", *loc. cit.*, pàgs. 25 i 34, considera que el nou govern expressa un canvi de to en referir-se a aquestes qüestions i utilitza un discurs basat en els drets humans. Segons ell, s'ha començat un viatge *des de una cultura de la sospita cap a una cultura dels drets humans* que tindrà dificultats, però que és en si mateix un progrés si es demostra voluntat política. Per exemple, destaca la importància que té que en el document es reconeixin els beneficis de la immigració en el desenvolupament de l'estat, del que n'és una part la identitat nacional, que avui dia reflecteix una societat *multi-racial* i *multi-cultural* (Home Department (UK), *Fairer, Faster and Firmer, loc.cit.*, paràgraf 1.1).

²²¹ Paràgraf 8.5.

que el potencial abús i explotació de la institució de l'asil perjudica el refugiament veritable tant com amenaça amb debilitar els controls de la immigració²²².

En tercer lloc, *fer més ràpides les decisions (faster decisions)* per tal de recuperar l'efectivitat en el sistema d'asil i afrontar els abusos, car es considera que un sistema col·lapsat invita als abusos alhora que aquells que tenen necessitat de protecció són condemnats a un limbe cruel d'angúnia i incertesa sobre el seu futur²²³.

En quart lloc, fer un *pla per a una xarxa de protecció (safety net scheme)* per als demandants d'asil, que s'inscriu entre els objectius per a un sistema de suport nou. El govern es compromet a proporcionar una xarxa de protecció per a aquells que veritablement no poden mantenir-se ells mateixos ni trobar mitjans per fer-ho, però de manera que es minimitzi els incentius d'abús de qui no necessita veritablement el suport o fa una demanda d'asil només per obtenir-lo. En aquest sentit, es considera que l'allotjament no necessàriament ha de basar-se en la tria lliure i que altres necessitats bàsiques com l'alimentació haurien de poder cobrir-se sense fer pagaments en metàl·lic. L'objectiu és construir un pla de suport separat dels subsidis de la seguretat social, a través d'una nova maquinària nacional²²⁴.

441. La darrera de les reformes legislatives acabades (el juny de 2005 es va presentar una nova modificació legislativa sobre immigració i asil a la *House of Commons*) es presenta com una tercera etapa en aquesta nova aproximació a la immigració i l'asil encetada el 1999, i ha estat justificada en la necessitat de seguir reduint les entrades il·lícites en el territori. Els eixos de la reforma són l'augment i perfeccionament dels controls a les fronteres, la voluntat de seguir reduint la càrrega que representen les demandes d'asil (es presenta com un èxit de les reformes precedents la reducció del nombre de demandes en un 60% en els darrers 18 mesos), incrementar el nombre d'allunyaments del territori dels demandants d'asil refusats i la necessitat de respondre a *l'abús continuat i cada cop més sofisticat de l'asil*. La idea de fons és la mateixa, preservar el nucli de protecció per a la gent que veritablement fuig d'una situació de persecució o de violació greu dels drets humans, però, posant l'accent en la reducció dels beneficis per evitar una sobrecàrrega dels procediments d'asil i fer poc atractiu l'intent de demanar protecció. A la normativa de 2004 es perfeccionen els instruments per a l'allunyament de les persones que no han estat autoritzades a entrar o residir en el Regne Unit i es crea una nova causa de sanció per entrades il·legals en el territori que pot ser perjudicial per a l'accés al territori dels demandants d'asil i que pot qüestionar la *immunitat penal* per entrades il·legals consagrada a la Convenció de Ginebra.

²²² Paràgraf 8.6.

²²³ Paràgraf 8.7. En el paràgraf 8.8 es fan algunes propostes pràctiques per tal de dur a terme aquesta idea, i marca com a objectiu que l'abril del 2001 les demandes inicials d'asil puguin ser resoltes en el termini de dos mesos, i les apel·lacions en el termini de quatre.

²²⁴ Paràgrafs 8.17 a 8.23.

e.1. Demandant d'asil *versus* persona que ha presentat una demanda d'asil

442. La *Nationality, Immigration and Asylum Act* de 2002 conté una definició explícita del demandant d'asil. Segons aquesta definició, una persona és *demandant d'asil* si (a) té com a mínim 18 anys; (b) es troba al Regne Unit; (c) ha fet una demanda d'asil en un lloc designat pel *Secretary of State*; (d) el *Secretary of State* ha registrat la demanda; i (e) la demanda no ha estat encara resolta. Una persona continuarà sent considerada com a demandant d'asil després que la demanda hagi estat resolta negativament únicament quan tingui un menor d'edat a càrrec seu i no li hagi estat concedit permís per entrar o restar al Regne Unit²²⁵.

Aquesta definició de demandant d'asil restrictiva es justifica en l'intent de reduir al màxim les persones que poden obtenir beneficis econòmics i socials com a *demandants d'asil* que, al Regne Unit, tradicionalment, han estat més avantatjosos que en altres estats. Malgrat això, la protecció territorial dels sol·licitants d'asil s'estén més enllà d'aquesta definició.

Segons la *Nationality, Immigration and Asylum Act* de 2002 *mentre una demanda d'asil està pendent de ser resolta*, la persona no pot ser (a) allunyada del Regne Unit d'acord amb disposicions de les *Immigrations Acts*; o (b) requerida per a que se'n vagi del Regne Unit d'acord amb una disposició de les *Immigrations Acts*²²⁶. La protecció contra el *refoulement* abasta les persones que ha presentat una demanda d'asil, concepte més ampli, en el Regne Unit, que el concepte de *demandant d'asil*. Això resulta de l'obligació de *non-refoulement*, que va més enllà del que es prescriu a la Convenció de Ginebra, com s'ha vist anteriorment.

D'acord amb la *Nationality, Immigration and Asylum Act* de 2002,

Una demanda d'asil és una demanda d'una persona de tal tipus que allunyar-la i requerir-la per a que marxi del Regne Unit seria contrari a les obligacions del Regne Unit en relació amb

(a) *la Convenció relativa a l'estatut dels refugiats feta a Ginebra el 28 de juliol de 1951 i el seu Protocol;*

(b) *l'article 3 del Conveni per a la protecció dels drets humans i les llibertats fonamentals feta pel Consell d'Europa el 4 de novembre de 1950*²²⁷.

En algunes disposicions de la normativa britànica, com en el cas de la mateixa *Nationality, Immigration and Asylum Act* de 2002, que estableix aquestes definicions de demandant d'asil i de demanda d'asil, es fa una distinció entre demanda d'asil (*asylum claim*) demanda de drets humans (*human rights claim*). La *demanda d'asil* en sentit estricte s'identifica amb l'estatut de *refugiat*, ja que es refereix a la sol·licitud d'una persona d'acord amb la qual, refusar-la o allunyar-la del territori vulneraria les obligacions del

²²⁵ *Nationality, Immigration and Asylum Act* 2002, §18.1-2.

²²⁶ *Ibidem*, §77.1.

²²⁷ *Ibidem*, §18.3.

Regne Unit amb la Convenció de Ginebra; i la *demanda de drets humans* es refereix a les sol·licituds d'acord amb les quals seria incompatible amb les obligacions del Regne Unit amb el Conveni europeu per la protecció dels drets humans i les llibertats fonamentals allunyar la persona del país²²⁸.

e.2. L'examen de les demandes presentades dins del territori o a la frontera: el *leave to enter* en mans del *Secretary of State*

443. Al Regne Unit no hi ha pròpiament un procediment d'admissibilitat de les demandes d'asil que determini el reconeixement o la concessió d'un dret d'entrar formalment en el territori. El permís per entrar i per estar-se han estat relativament autònoms (al menys fins l'any 2001), de la concessió d'entrada o estada als demandants d'asil, la sol·licitud dels quals ha estat considerat que no era *manifestament infundada* o inadmissible.

Les demandes d'asil, fins i tot les presentades en ports i aeroports, són examinades pel *Secretary of State* d'acord amb les obligacions derivades de la Convenció de Ginebra, el Protocol de Nova York i les altres obligacions del Regne Unit en matèria de drets humans. Fins que no s'adopti una decisió sobre la sol·licitud, les persones que han presentat una demanda d'asil gaudeixen d'un *asil provisional* en frontera, en la mesura que no es poden executar mesures d'allunyament del territori respecte d'ells ni de les persones sota el seu càrrec²²⁹.

Si el *Secretary of State* decideix concedir asil, el *Immigration Officer* emetrà un permís d'entrada limitat (*limited leave to enter*) i, en cas contrari aquest últim examinarà el cas per determinar si ha d'emetre aquest permís de conformitat amb altres disposicions²³⁰. Per fer-ho, en primer lloc, haurà de considerar si pot adoptar una decisió sense entrevistar-se amb la persona. Si considera que no pot refusar el *leave to enter* directament, llavors, caldrà que acceleri el procediment, per prendre una decisió. En aquest procés és important la diligència i la cooperació de la persona perquè la normativa estableix que si no compleix amb algun dels requeriments, el *Immigration Officer* pot considerar el procediment tancat immediatament.

Independentment d'això, la *Immigration (Leave to Enter) Order de 2001* estableix que també el *Secretary of State* pot donar o refusar el *leave to enter* al Regne unit a una persona que (a) ha fet un demanda d'asil o; (b) ha fet una demanda de tal tipus que seria contrari a les obligacions del Regne Unit en relació al Conveni europeu per a la protecció dels drets humans que fos allunyat o obligat a anar-se'n del Regne Unit²³¹.

²²⁸ *Ibidem*, §113.

²²⁹ *Ibidem*, § 77 i 78.

²³⁰ Paràgrafs 328 a 333 de les *Immigration Rules-HC 395*, *Refworld* UNHCR-Legal Information, 8ª ed. juliol 1999.

²³¹ *The Immigration (Leave to Enter) order 2001*, Statutory Instrument 2001 N° 2590, §2; *Refworld* UNHCR-Legal Information, vol. 12, 2004.

A la pràctica, s'utilitzen procediments accelerats de determinació de les sol·licituds per tractar dels casos senzills com els de persones que provenen de tercers estats segurs o *straightforward cases*²³².

444. Les demandes d'asil fetes en els llocs d'entrada o dins del territori s'adrecen al *Immigration and Nationality Directorate* (IND). En un primer moment (nivell 1), la *Asylum Screening Unit* (ASU) entra en contacte amb el demandant per establir algunes dades bàsiques com la seva nacionalitat i identitat, i s'omple un formulari, el *Statement of Evidence Form* (SEF). Si el demandant té més de cinc anys, el *Immigration Fingerprint Bureau* (IFB) li pren les traces dactilars²³³; i se li lliura una *Applicant Registration Card* (ARC), que l'identifica i li permet beneficiar-se dels avantatges socials lligats a la condició de *demandant d'asil*.

Posteriorment (nivell 2 del procediment), la ASU realitza una entrevista per tal d'establir com ha arribat i entrat el demandant al Regne Unit, d'on ha sortit i per quin país ha transitat, si té lligams amb el país; i, també, per tal de considerar la credibilitat de la història del demandant, sense entrar en els detalls del fonament de la sol·licitud. La decisió sobre els beneficis econòmics i socials acostuma a fer-se en base als resultats d'aquest segon nivell de procediment. D'altra banda, també en aquest moment se sol determinar com es gestionarà la demanda en endavant. Hi ha cinc tipus de tramitació: (1) casos estàndard i *super fast track*; (2) casos de recurs no suspensiu; (3) casos de transferència segura; (4) casos de transferència oberta; i (5) casos de menors no acompanyats demandants d'asil.

Excepte en el cas (5) les persones acostumen a ser conduïdes a un centre de detenció. Les *fast track procedures* acostumen a durar uns deu dies i, després, si provenen de tercers estats segurs, són allunyats. En aquest temps reben atenció mèdica, se'ls ofereix atenció jurídica, mantenen una entrevista amb el *Refugee Council* en nom del *National Asylum Support Service* (NASS), i amb el *Immigration and Nationality Directorate* (IND) en relació amb la sol·licitud. Si continuen en els llocs fronterers, l'entrevista pot ser feta pel *Immigration Officer*. Per tal d'escurçar els terminis, just després que es presenti una demanda pot procedir-se a una entrevista extensiva, que es transcriu per escrit i ha de ser signada pel demandant. En els cinc dies següents a l'entrevista es poden presentar els documents necessaris per recolzar la sol·licitud. En cas que s'utilitzi el procediment

²³² Segons les informacions de l'ACNUR, el *Home Office* va experimentar amb projectes pilot per a procediments ràpids (*fast-track procedures*) respecte dels demandants d'asil en frontera de determinades nacionalitats, fins i tot abans de l'establiment de llistes de països segurs (les *White list*). UNHCR, *Reception Standards For Asylum Seekers In the European Union*, op. cit., pàg. 165. Segons aquesta font, els primers projectes pilot es referien a demandants d'Albània, la República Txeca, Polònia, Rumania, Letònia, Lituània, Kènia i l'Índia. Per a una crítica de les *White Lists* i de l'aplicació combinada del concepte d'*estat segur* i les restriccions a les possibilitats d'apel·lar les decisions obre asil, Colin J. Harvey, "The rights to seek asylum in the United Kingdom and 'safe countries'", *PL*, estiu de 1996, pàgs. 196-204.

²³³ Totes les traces dactilars es registren al *Automated Fingerprints Identification System* (AFIS) i a l'EURODAC, per identificar les persones que presenten diverses demandes d'asil al regne Unit o en diferents estats membres de la UE.

accelerat, pel que fa a les demandes d'asil presentades en els ports, el sisè dia s'envia per fax al *Home Office* el *SEF* o la transcripció de l'entrevista (*Short Procedure Asylum Interview Record*) si ha tingut lloc i, normalment, s'adopta una decisió el mateix dia.

Després, en un altra fase del procediment (nivell 3) es tramet la demanda al *Asylum Casework Directorate* i es procedeix al seu examen substantiu. Si l'asil o el permís d'entrada i estada humanitari no és concedit a partir de la documentació presentada, es dóna cita per set dies després per tal de fer una entrevista substantiva. La decisió s'acostuma a adoptar immediatament després d'aquesta entrevista, i s'informa del seu contingut a les autoritats portuàries. Només quan el cas és massa complex, la tramitació i l'examen de la demanda és complerta. Un procediment similar és aplicable en els *casos senzills* de demandants d'asil que presenten la seva sol·licitud dins del territori. Si la demanda és refusada es lliura una *reason for refusal letter* juntament amb la informació sobre els recursos disponibles. Si la demanda és admesa la persona té concedit bé un *indefinite leave to enter or remain* al Regne Unit si és considerada refugiada; si es considera que tot i no ser-ho, si fos allunyada del país, hi hauria un risc important per a la seva vida o integritat física derivat de penes de mort, mesures de tortura o tractaments inhumans degradants, se li concedirà *humanitarian protection*. Si la persona no és refugiada ni entra en els supòsits previstos per a la *humanitarian protection*, però les autoritats britàniques consideren que cal que sigui protegida en el país poden lliurar-li un *discretionary leave to remain*²³⁴.

e.3. El delictes d'entrar en el territori del Regne Unit sense documentació: la *immunitat penal* posada en dubte

445. La *Asylum and Immigration Act 2004*, amb l'objectiu de fer front a un dels principals problemes des de finals dels anys vuitanta, la impossibilitat d'establir exactament la identitat i el país d'origen dels demandants d'asil a qui s'ha refusat la protecció als efectes del retorn, ha establert un delictes nou per a les persones que han arribat al Regne Unit sense una documentació de viatge que els identifiqui i estableixi la seva nacionalitat²³⁵.

D'acord amb el paràgraf 2 de la *A & I Act 2004*, una persona comet un delictes (*offence*) si en la entrevista per a concedir el *leave to enter* o l'asil no té a les seves mans un document que sigui vàlid i que estableixi satisfactòriament la seva identitat o nacionalitat o ciutadania. Aquest delictes no s'arriba a cometre si l'entrevista té lloc després que la persona ha entrat al Regne Unit i presenta aquesta documentació en un termini de tres dies al *immigration officer* o al *Secretary of the State*.

²³⁴ La *Humanitarian Protection* i el *Discretionary Leave to Remain* substitueixen, des de l'abril de 2003, el *Exceptional Leave to Remain* (ELR). Una descripció detallada dels procediments en els diferents llocs al Regne Unit es troba a House of Lords (European Union Committee), *11th Report of Session 2003-04. Handling EU asylum claims: new approaches examined*, Londres: The Stationery Office Limited, abril de 2004, pàgs. 50-53.

²³⁵ *Asylum and Immigration (Treatment of Claimants, etc.) Act 2004*, §2.

Per defensar-se dels càrrecs, la persona haurà de provar que és nacional de l'Espai Econòmic Europeu (EEE) o membre de la família d'un nacional de l'EEE i que exerceix un dret d'acord amb els compromisos internacionals del Regne Unit; que té una *excusa raonable* per no estar en possessió de la documentació requerida; que té una documentació falsa i que la va utilitzar únicament per realitzar el viatge al Regne Unit; o que va viatjar fins al Regne Unit sense tenir cap document per viatjar des de que va començar el viatge²³⁶.

La normativa específica, a més, que el fet que un document va ser destruït deliberadament o abandonat no és una *excusa raonable* per no estar en possessió del document o no posar-lo a disposició de les autoritats, llevat que això es fes per una *causa raonable* o passés per raons que la persona no podia controlar. No és *causa raonable* en aquest sentit, la pretensió d'ajornar l'adopció d'una decisió sobre la sol·licitud de la persona; la pretensió d'augmentar les possibilitats d'èxit de la sol·licitud; o que es van complir amb les instruccions o els consells de qui va ajudar o facilitar la immigració al Regne Unit, excepte si, en les circumstàncies del cas, és irracional esperar que no es complissin aquestes instruccions o consells²³⁷.

Per als demandants d'asil, una *causa raonable* per a la destrucció deliberada o la pèrdua de la documentació ho hauria de ser la possibilitat de patir persecució, tortura o tractaments inhumans en el lloc d'origen, en un altre país, o de patir *refoulement* abans d'arribar a un lloc segur. Tot i que no s'especifica expressament a la normativa, una interpretació que no tingués en compte les circumstàncies en què es pot trobar un refugiat o una persona que necessita protecció per motius diferents del temor de patir persecució, vulneraria l'article 31 de la Convenció de Ginebra que estableix que una persona no pot ser sancionada penalment per la seva entrada il·legal en el territori de l'estat d'asil. Al Regne Unit, la condemna pel delictes consisteix en pena de presó d'entre 6 mesos i dos anys i/o una multa²³⁸.

El risc de violació de la Convenció de Ginebra i de la protecció dels demandants d'asil que tenen motius per rebre protecció fora del país d'origen resulta, d'altra banda, probable, en la mesura que a la *A & I Act 2004* es parteix de la base que la càrrega de la prova per defensar-se dels càrrecs imputats recau en la persona que no ha presentat la documentació requerida en l'entrevista relativa al permís d'entrada o a l'asil²³⁹.

e.4. La inadmissibilitat de la demanda d'asil: *tercers estats segurs*

446. Com a excepció al paràgraf 77 de la *Nationality, Immigration & Asylum Act* de 2002, que preveu que un demandant d'asil no serà refusat del país mentre no hagi estat

²³⁶ *Ibidem*, § 2.4. Quedarien, per tant, excloses les persones que arriben al Regne Unit esmunyint-se pel túnel de la mànega que, fins al tancament del centre de retenció de Sangatte era una de les maneres més freqüents d'arribar al regne Unit il·legalment, així com el polissons, per exemple.

²³⁷ *Ibidem*, § 2.7.

²³⁸ *Ibidem*, § 2.9-11.

²³⁹ *Explanatory Notes to Asylum and Immigration (Treatment Of Claimants, Etc.) Act 2004*, § 22.

resolta la seva sol·licitud, l'apèndix 3 de la *Asylum & Immigration Act* 2004 estableix que el es pot allunyar una persona cap a un *estat segur*²⁴⁰. Hi ha fins a quatre possibilitats diferents de considerar que una persona pot ser reenviada a un *estat segur*. La Part 2 de l'apèndix 3 preveu una llista d'estats segurs respecte de la Convenció de Ginebra i respecte dels drets humans on s'inclouen els estats membres de la Unió Europea més Noruega. La Part 3 i la Part 4 estableixen que el Secretary of State farà una llista on s'incloguin els estats segurs respecte de la Convenció de Ginebra i respecte dels drets humans, i només respecte de la Convenció de Ginebra, respectivament. Finalment, la Part 5 preveu la possibilitat que un demandant d'asil sigui retornat a un estat segur del qual no n'és nacional si, segons l'opinió del *Secretary of State* és un lloc on la vida i la llibertat de la persona no estarà amenaçada per raó de la seva raça, religió, nacionalitat, pertinença a un determinat grup social o opinions polítiques, i des d'on no serà refusat cap un altre estat en contravenció de la Convenció de Ginebra.

Si el *Secretary of State* certifica que es compleixen les condicions per refusar un demandant d'asil a un tercer estat segur, normalment declinarà examinar substantivament la demanda d'asil i emetrà un certificat per a l'allunyament de la persona. Aquest certificat es farà quan el demandant d'asil (a) no ha arribat directament al Regne Unit des de l'estat on tem patir persecució i ha tingut l'oportunitat a la frontera o dins del tercer estat d'entrar en contacte amb les autoritats del país per tal de demanar-hi protecció; o (b) hi ha alguna altra evidència de la seva admissibilitat en un tercer estat o territori. Quan es compleixen els criteris el *Secretary of State* no està obligat a fer consultes amb les autoritats de l'estat tercer abans d'executar-se el refús.

Les disposicions del Conveni de Dublín van ser implementades al Regne Unit amb la *Immigration and Asylum Act* de 1999, als apèndix 11 i 12²⁴¹. Aquestes disposicions han estat substituïdes per la Part 2 de l'apèndix 3 de la *A & I Act* de 2004. Fins aleshores, l'aplicació de les disposicions relatives al repartiment de la responsabilitat de fer-se càrrec dels demandants d'asil arribats a la Unió Europea havia estat problemàtica per la diferent interpretació del concepte de refugiat en els estats membres, especialment pel que fa a l'agent de la persecució²⁴². La Directiva 2004/83 CE del Consell de 29 d'abril de 2004 *per*

²⁴⁰ Al Regne Unit l'aplicació del concepte de tercer estat segur data de 1993. Per a una crítica punyent de l'aplicació d'aquesta noció en aquells anys, Amnesty International, *Playing Human Pinball. Home Office Practice in "Safe Third Country" Asylum Cases*, Londres: Amnesty International British Section, 1995.

²⁴¹ *Asylum and Immigration (Treatment of Claimants, etc.) Act* 2004, §33.

²⁴² En una sentència de 25 de març de 1999, *Bensik Gashi i Nikshiqi*, el *Immigration Appeals Tribunal* va criticar durament la utilització del concepte de *tercer estat segur* en el cas d'Alemanya quan en el cas de demandants d'asil kosovars, ja que, segons la sentència, no es van tenir en compte els cinc principis establerts per la jurisprudència per regir la utilització de la regla de *tercer estat segur*. Aquests serien els següents: (1) per aplicar correctament la regla del tercer país segur, el ministre de l'interior ha de *informar-se personalment dels fets de què es tracta*; (2) els casos en què s'apliqui aquesta regla han de ser considerats pel ministre de l'interior i els tribunals amb la *major minúcia*; (3) això implica que *no hi hauria d'haver cap risc que el demandant d'asil pogués reenviat cap un altre país en contravenció amb la Convenció de Ginebra*; (4) en avaluar els riscos als quals el demandant d'asil s'enfronta, els tribunals han d'anar més enllà del simple

la qual s'estableixen normes mínimes relatives als requisits per al reconeixement i estatut dels nacionals de tercers països o apàtrides com a refugiats o persones que necessiten altra tipus de protecció internacional i al contingut de la protecció concedida i les recents modificacions legislatives a França i Alemanya fan preveure una reducció progressiva o superació de la conflictivitat.

e.5. Els efectes de la noció de demanda *manifestament infundada* en el tràmit d'apel·lació

447. A l'apèndix 3 de la *A & I Act* de 2004, s'estableix una forma de *non-suspensive appeals procedure* (NSA) basada en llistes d'estats segurs o *white lists*. D'acord amb aquest procediment, no es pot recórrer en el Regne Unit (per tant, abans de ser efectiu l'allunyament) una decisió vinculada a una demanda d'asil d'una persona que prové d'un tercer estat segur: en base a una suposada vulneració de les obligacions del Regne Unit d'acord amb la Convenció de Ginebra, quan l'estat de destí ha estat considerat *segur* respecte de d'aquest tractat; o, en base a la violació de drets humans per altres motius, si el demandant prové d'un tercer estat que ha estat considerat *segur* respecte dels drets humans. En aquest darrer cas, s'estableix que cal que el *Secretary of State* certifiqui que la demanda no és *clarament infundada*.

El *Secretary of State* no pot considerar una demanda com clarament infundada d'acord amb la *Nationality, Immigration and Asylum Act 2002*, si l'estat tercer cap on la persona serà reenviada és considerat (a) un lloc on la vida i la llibertat de la persona està amenaçada per raó de la seva raça, religió, nacionalitat, pertinença a un determinat grup social o opinions polítiques; o (b) un lloc d'on la persona serà enviada a un altre estat en contravenció amb la Convenció sobre els refugiats²⁴³. El *Secretary of State* sí que considerarà, en principi, la demanda d'asil clarament infundada i per tant, no s'admetrà el recurs, si el demandant d'asil prové d'un dels estats segurs assenyalats a la llei respecte d'aquesta qüestió (§ 94.4 *Nationality, Immigration and Asylum Act 2002*) o afegits a la llista pel *Secretary of State* d'acord amb la mateixa llei. En el Regne Unit, no poden *frustrar* l'allunyament del país els demandants d'asil que presenten un recurs si provenen d'un dels països següents: Albània, Bulgària, Jamaica, Macedònia, Moldàvia, Romania,

examen dels sistemes i procediments dels països tercers, haurien de tenir igualment en compte la interpretació que fa la Convenció de Ginebra de la noció de país tercer segur; i, (5) a més de la regla de país tercer segur, i de la jurisprudència, el ministeri de l'interior i els tribunals han de fixar-se igualment amb minúcia en la seva pràctica en matèria d'asil. El *Immigration Appeals Tribunal* va reconèixer que semblava curiós que un país com Alemanya pogués no respectar les obligacions de la Convenció de Ginebra, però de les proves estadístiques resultava una gran diferència entre les taxes de reconeixement al Regne Unit i a Alemanya (al Regne Unit a l'època dels fets gairebé el 100% de les demandes suposaven el reconeixement de refugi si no s'aplicava la regla del tercer estat segur, i a Alemanya només el 4,5% de demandants d'asil de l'ex-Iugoslàvia, gairebé tots kosovars, eren reconeguts com a refugiats). *Migrations Europe*, núm. 94, juny de 1999, pàgs. 9-10. Vid. també *Supra* Capítol IX §356-357, pel que fa al cas *Adan, Subaskaran & Aitseguer*.

²⁴³ *Nationality, Immigration and Asylum Act 2002*, §94.8.

Sèrbia i Montenegro, Bolívia, Brasil, l'Equador, Sri Lanka, Sud-Àfrica, Ucraïna i l'Índia. A finals de 2005 el govern ha proposat ampliar la llista a Mongòlia, i a Gana i a Nigèria, essent considerats aquest dos països segurs únicament per als homes²⁴⁴.

A banda d'aquestes previsions de la *Nationality, Immigration and Asylum Act 2002*, no hi ha una definició específica de demandes manifestament infundades, per la qual cosa cal entendre que ho seran aquelles en què hi hagi un alt grau de probabilitat en què no es donen les condicions que qualifiquen una persona com necessitant asil o en què clarament la demanda és infundada per altres motius.

e.6. Les demandes d'asil infundades

448. D'acord amb la normativa britànica, el *Secretary of State* concedirà asil si està convençut que la persona que l'ha demanat, (1) és en el Regne Unit o ha arribat a un lloc d'entrada al Regne unit; (2) és un refugiat, en el sentit de la Convenció i el Protocol; i (3) refusar-lo significaria que hagués d'anar (bé immediatament, bé després del període delimitat per un permís d'entrada o estada existent) en contravenció amb la Convenció o el Protocol, a un estat on la seva vida o llibertat estaria amenaçada degut a la seva raça, religió, nacionalitat, opinió política o pertinença a un grup social particular.

Si la persona presenta una demanda d'asil del tipus drets humans, es podrà concedir un *Discretionary Leave* o *Protecció Humanitària* (anteriorment a 2002, *Exceptional Leave to Remain*) en el territori i, en tot cas, estarà protegida contra un eventual intent de deportació que vulnerés el Conveni europeu per a la protecció dels drets humans i les llibertats fonamentals²⁴⁵.

Per a la consideració de les demandes d'asil basades en la condició de refugiat o en el drets humans, les *Immigrations/Asylum Acts* i les *Immigrations Rules* preveuen un conjunt de motius pels quals cal refusar-les, és a dir, considerar-les infundades. En general, es tracta de circumstàncies que, en la normativa d'altres estats, apareixen com a causes per considerar una demanda d'asil com a *manifestament no fonamentada*. El fet que el refús d'una demanda d'asil tingui com a base un d'aquests factors, d'altra banda, justifica en la majoria dels casos que l'apel·lació contra aquestes decisions es faci mitjançant procediments accelerats.

Malgrat es considera que, en general, totes les circumstàncies previstes minven o destrueixen la *credibilitat* del demandant, es pot fer una distinció entre les causes que estan relacionades amb l'actitud del demandant d'asil i les que estan relacionades amb el

²⁴⁴ *Further Steps to cut Asylum Abuse. Three Countries added to list of designated countries*, Home Office, ref. 156/2005, 24 d'octubre de 2005.

²⁴⁵ La perspectiva del Regne Unit és absolutament la contrària de la perspectiva, per exemple, d'Alemanya, que ha reincorporat una dimensió temporal al refugi i a la protecció subsidiària; al Regne Unit el reconeixement del refugi o la concessió de protecció es plantegen com a durables, per a la qual cosa el repte és la integració d'aquestes persones. En aquest sentit, Home Office, *Integration Matters: A National Strategy for Refugee Integration*, Londres: IND Corporate Communications, Març de 2005.

contingut de les seves declaracions²⁴⁶. En el primer cas, la demanda seria infundada per manca de cooperació del demandant i, en el segon, perquè les seves asseveracions no són creïbles.

En primer lloc, el fet que la persona manqui, sense una explicació raonable, fer una ràpida i completa descripció dels fets, oralment o per escrit, o assistir d'una altra manera al *Secretary of State* per a que estableixi els fets pot conduir al refús d'una demana d'asil o d'una demanda basada en els drets humans. Això inclouria: (1) no complir amb una instrucció del *Secretary of State* o del *Immigration Officer* requerint al demandant d'anar a un lloc determinat per a que li siguin registrades les traces dactilars; (2) no omplir un formulari o no complir amb una petició per a que faci una entrevista relativa a la demanda d'asil; i (3) no complir amb una petició per a que es presenti davant del *Immigration Officer* per a ser examinat²⁴⁷.

En segon lloc, minva la credibilitat del demandant, (1) que hagi aportat evidències manifestament falses per recolzar la sol·licitud, o hagi fet d'una altra manera falses recreacions de la realitat oralment o per escrit; i (2) que hagi presentat demandes d'asil simultànies en el Regne Unit o en altres estats²⁴⁸. Una de les qüestions que resulta més problemàtica és que també es poden tenir en compte per considerar que una demanda d'asil és infundada les actuacions de qualsevol persona que actuï com a agent de qui ha presentat una demanda d'asil basada en la qualitat de refugiat o basada en els drets humans²⁴⁹.

449. D'acord amb la *Asylum and Immigration (Treatment of Claimants, etc.) Act 2004*, la credibilitat del demandant d'asil també minva si no pot explicar raonablement perquè no disposa de la documentació de viatge; si no va aprofitar l'ocasió de demanar asil en un tercer estat segur; si no va fer la demanda d'asil amb diligència, per exemple, després de ser-li refusada l'entrada o l'estada en el territori com a immigrant, o mentre estava en situació de detenció, o abans de ser detingut; o bé, si, per altres motius, l'autoritat decisòria considera que el comportament del demandant està destinat probablement a amagar informació, enganyar o obstruir o ajornar l'adopció d'una decisió sobre la demanda o d'una altre decisió sobre el demandant²⁵⁰.

D'altra banda, una demanda d'asil pot refusar-se si la persona podia gaudir d'*asil intern*, és a dir, de protecció en algun lloc del territori del país d'origen i era raonable esperar que hi anés²⁵¹.

²⁴⁶ *Asylum and Immigration (Treatment of Claimants, etc.) Act 2004*, §8.

²⁴⁷ *Immigration Rules-HC 395*, §340. Aquest paràgraf ha estat modificat per les *Immigrations Rules-HC 299* de 12 de juliol de 2005 (entrada en vigor el 2 d'agost), per tal de fer extensiva l'aplicació d'aquestes regles a les demandes basades en els drets humans (*human rights claims*).

²⁴⁸ *Ibidem*, §341.

²⁴⁹ *Ibidem*, §342.

²⁵⁰ *Asylum and Immigration (Treatment of Claimants, etc.) Act 2004*, §8.

²⁵¹ *Immigration Rules-HC 395* §343.

Les demandes d'asil, si bé, en general, han de ser examinades individualment, al Regne Unit hi ha una possibilitat d'examinar-les *en grup*, i refusar una demanda d'asil presentada per una persona que està relacionada amb un grup, si les demandes d'asil dels seus membres no tenen clarament relació amb la Convenció de Ginebra. El *Secretary of State* haurà de tenir en compte, però, qualsevol prova que demostri que la demanda de la persona ha de ser distingida de les del grup²⁵². L'aplicació d'aquest examen de grup, fora del context de la *protecció temporal* podria contravenir les obligacions del Regne Unit d'acord amb el Dret internacional del refugi i dels drets humans.

Finalment, el paràgraf 353, modificat l'octubre de 2004, preveu que una demanda d'asil presentada després que hagi estat refusada una sol·licitud anterior, serà examinada si ja no està pendent cap recurs i que, si és refusada novament, s'establirà si es tractava realment d'una nova demanda (*fresh claim*)²⁵³. Anteriorment, les demandes d'asil successives podien ser refusades pel fet de no ser *fresh claims*, cosa que va exigir una clarificació dels tribunals i que va plantejar problemes en molts casos en què veritablement s'estava vulnerant el dret a l'accés a un procediment d'asil²⁵⁴.

e.7. El dret de presentar una demanda de revisió de la decisió sobre la demanda de protecció i/o sobre l'entrada del demandant d'asil

450. Contra una decisió relativa a immigració (*immigration decision*) o contra una decisió relativa a asil, es pot presentar un recurs davant del *Asylum and Immigration Tribunal*, creat per la *Asylum and Immigration (Treatment of Claimants, etc.) Act* de 2004 (anteriorment es podia recórrer a un *adjudicator*)²⁵⁵. Pel que fa a les primeres, es poden recórrer les decisions relatives a la denegació d'un *leave to enter* o *to remain*, així com les decisions relatives a l'allunyament o deportació. En el cas de les segones, un demandant d'asil podrà recórrer la denegació d'asil si li ha estat concedit un *leave to enter* temporal en el Regne Unit per un període d'un any.

Es poden presentar com a fonaments del recurs respecte de l'entrada o l'allunyament dels demandants d'asil, (a) que la decisió no és conforme amb les normes sobre immigració; (b) que la decisió és il·legal per vulnerar les prohibicions relatives a la

²⁵² *Ibidem*, §344.

²⁵³ *Ibidem*, §353. Modificat per les *Immigrations Rules-HC 1112* de 18 d'octubre de 2004 (eev 25.10.2004).

²⁵⁴ La *Court of Appeal* va considerar en una decisió de 1996 que (...) *The test of what constituted a fresh "claim for asylum" was whether, comparing the fresh claim with that earlier rejected, and excluding material on which the claimant could reasonably have been expected to rely in the earlier claim, the new claim was sufficiently different from the earlier claim to admit of a realistic prospect that a favourable view could be taken of the new claim, despite the unfavourable conclusion reached on the earlier claim. The question whether such a claim had been made was to be determined by the Secretary of state (in the first instance) and the immigration appellate authorities (...)*. Court of Appeal (Civil Division) (UK), 28 de març de 1996, *R v Secretary of State for the Home Department, ex parte Onibiyo*, [1996] 2 *All ER* 901, [1996] 2 *WLR* 490, *Refworld UNHCR-Legal Information*, 8^a ed. juliol 1999.

²⁵⁵ *Asylum and Immigration (Treatment of Claimants, etc.) Act 2004*, §81 i Schedules 1-2.

discriminació racial; (c) que la decisió vulnera el Conveni europeu per a la protecció dels drets humans; (d) que la decisió és il·legal per altres motius; (e) que qui va prendre la decisió havia d'haver utilitzat diferentment el marge de discrecionalitat que les normes sobre immigració li donaven; o (e) que l'allunyament de la persona vulnera les normes de la Convenció europea per la protecció dels drets humans²⁵⁶.

El *Asylum and Immigration Tribunal* concedirà l'apel·lació si considera que la decisió apel·lada no és conforme a la legislació; o si la discrecionalitat exercida a l'hora de prendre la decisió contra la que es presenta el recurs hauria d'haver-se exercit de forma diferent²⁵⁷.

451. El dret de presentar o continuar la tramitació d'un recurs s'exclou en diferents casos, que poden afectar els demandants d'asil:

- a. En primer lloc, és motiu d'inadmissibilitat (*inelegibility*) la presentació d'un recurs contra una decisió basada en el fet que la persona no té els documents justificatius de la migració (passaport o equivalent); que busca estar-se en el Regne Unit per més temps del permès; o que busca entrar o restar en el Regne Unit per motius diferents d'aquells que permeten l'entrada o l'estada a la normativa interna²⁵⁸.
- b. En segon lloc, no es pot presentar un recurs des del Regne Unit contra la decisió d'allunyar una persona a un tercer estat segur respecte de la Convenció de Ginebra; ni respecte de l'allunyament a un tercer estat segur respecte dels drets humans, en aquest cas, si el *Secretary of State* estableix que la demanda basada en la protecció dels drets humans és *manifestament infundada*.
- c. En tercer lloc, no es pot presentar o continuar un recurs contra una decisió si el *Secretary of State* o un *immigration officer* certifica que es va notificar al demandant un dret d'apel·lar contra una altra decisió; la decisió contra la que es recorre està basada en la intenció del demandant en ajornar el seu allunyament del Regne Unit; i la persona no té cap altre propòsit legítim per fer la sol·licitud²⁵⁹.
- d. En quart lloc, no es pot presentar o continuar un recurs contra una decisió si el *Secretary of State* o un *immigration officer* certifica que la decisió es refereix a una demanda on la persona va plantejar una apel·lació contra una altra decisió; havia d'haver presentat proves quan se li va requerir o hagués pogut presentar apel·lació contra una altra decisió respecte de la qual va optar per no presentar

²⁵⁶ *Nationality, Immigration and Asylum Act 2002*, §84.

²⁵⁷ *Ibidem*, §86.

²⁵⁸ *Ibidem*, §88.

²⁵⁹ *Ibidem*, §96.1.

recurs. És a dir, que, en definitiva el demandant no va actuar amb prou diligència en algun moment del procediment relatiu a la seva petició²⁶⁰.

- e. En cinquè lloc, no es pot presentar o continuar un recurs contra una decisió si el *Secretary of State* certifica que la decisió és o va ser adoptada completament o en part per motius d'*interessos relatius a la seguretat nacional*; o d'interessos relatius a les relacions entre el Regne Unit i altres estats²⁶¹.
- f. En cinquè lloc, no es pot presentar o continuar un recurs contra una decisió si el *Secretary of State* certifica que la decisió és o va ser adoptada completament o en part en funció d'informació que no pot ser feta pública degut a interessos relatius a la seguretat nacional; interessos relatius a les relacions entre el Regne Unit i altres estats; o d'altra manera en interès públic. En els dos primers casos, la referència al *Secretary of State* és a aquest actuant *en persona*²⁶².
- g. Finalment, tampoc pot presentar-se o continuar-se un recurs si el *Secretary of State* certifica que la decisió és o va ser adoptada per ell mateix completament o en part pel motiu que l'exclusió o l'allunyament de la persona del Regne Unit a qui es refereix la decisió duu al benestar públic; o d'acord amb una instrucció que identificava la persona en aquest sentit²⁶³.

En aquests casos l'apel·lació serà refusada. En els darrers supòsits, la preservació del drets humans i del dret de no ser perseguit podrien quedar afectats, així com el dret de la defensa quan es basi la decisió de refús d'una apel·lació contra l'allunyament en informacions secretes. En tots els casos hauria de ser preservat el principi de *non-reoulement* directe o indirecte envers lloc on la persona podria patir persecució o tortura.

Les decisions del *Asylum and Immigration Tribunal* poden ser recorregudes en una segona instància jurisdiccional davant del *Immigration Appeal Tribunal* que decidirà sobre qüestions de dret²⁶⁴. També es preveu la possibilitat d'accedir a una tercera instància, pel motiu que s'hagués comès un error de dret, demandant la reconsideració de l'apel·lació. Aquest darrer recurs es pot presentar en el termini de 5 dies des de la notificació de la resolució si la persona és dins del Regne Unit i en el termini de 28 dies si és fora del país²⁶⁵. Aquesta decisió serà inapel·lable.

²⁶⁰ *Ibidem*, §96.2.

²⁶¹ *Ibidem*, §97.1-2.

²⁶² *Ibidem*, §97.3-4.

²⁶³ *Ibidem*, §98.

²⁶⁴ *Ibidem*, §101-102.

²⁶⁵ Algunes qüestions relatives a l'accés, com la qüestió dels terminis han estat incorporades amb la darrera revisió legislativa, *Asylum and Immigration (Treatment of Claimants, etc.) Act 2004*, §81, que afegeix a la *Nationality, Immigration and Asylum Act 2002* els paràgrafs 103A-E. La instància jurisdiccional serà la High Court a Anglaterra, la Cour of session a Escòcia, i la High Court of Northern Ireland a Irlanda del Nord. *Ibidem*, §103A.9.

f. L'admissió en el territori dels demandants d'asil a Itàlia

452. Malgrat que a Itàlia la Constitució reconeix que *l'estranger a qui en el seu país se li impedeix l'exercici efectiu de les llibertats democràtiques garantides a la Constitució italiana, té dret d'asil en el territori de la República d'acord amb les condicions establertes a la llei*²⁶⁶, no hi ha una llei específica per tal de regular la qüestió de l'asil. Malgrat això, el valor jurídic del dret constitucional a l'asil va ser reconegut en una històrica sentència de la Cort de *Cassazione* de 1997 on es va reconèixer com un dret subjectiu operatiu fins i tot en absència de llei reguladora²⁶⁷.

L'entrada i l'estada dels estrangers, amb disposicions que afecten l'accés al territori per part dels demandants d'asil, es regula principalment a la *Legge* núm. 40 de 6 de març de 1998 *Disciplina de la immigració i normes sobre la condició de l'estranger*²⁶⁸.

La disposició bàsica en matèria de refugi i asil, per a l'aplicació de la Convenció de Ginebra de 1951 sobre l'estatut dels refugiats, és l'article 1 de la *Legge* núm. 39 de 28 de febrer de 1990 *Normes urgents en matèria d'asil polític, d'entrada i estada dels ciutadans extracomunitaris i de la regularització dels ciutadans extracomunitaris i apàtrides presents en el territori de l'estat*, coneguda com a *legge Martelli*²⁶⁹. Després d'alguns intents de regulació unitària de l'asil, o de l'asil amb la protecció humanitària²⁷⁰, finalment, la *Legge* núm. 189 de 30 de juliol de 2002, *Modificacions a la normativa en matèria d'immigració i asil*²⁷¹, coneguda com a *legge Bossi-Fini*, aporta

²⁶⁶ Article 10.3 de la Costituzione della Repubblica Italiana, de 27 de desembre de 1947, que disposa que *Lo straniero al quale sia impedito l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana ha diritto di asilo nel territorio della Repubblica secondo le condizioni della legge*.

²⁶⁷ La Cort de *Cassazione* italiana va afirmar que *secondo l'opinione attualmente pressoché pacifica l'art. 10, 3° comma, Cost. attribuisce direttamente allo straniero il quale si trovi nella situazione descritta da tale norma un vero e proprio diritto soggettivo all'ottenimento dell'asilo, anche in mancanza di una legge che, del diritto stesso, specifichi le condizioni di esercizio e le modalità di godimento*. Cort de *Cassazione* (Itàlia), sentència de 26 de maig de 1997, *RDI*, vol. LXXX, fasc. 3, 1997, pàg. 844.

²⁶⁸ *Legge 6 marzo 1998, n° 40, Disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, Gazzetta Ufficiale n° 59 de 12 de març de 1998, Supplemento Ordinario n° 40*. Aquesta llei ha estat integrada en el *Decreto Legislativo 25 luglio 1998, n° 286 Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, Gazzetta ufficiale n° 191 de 18 d'agost de 1998, Supplemento Ordinario n° 139*.

²⁶⁹ *Legge 28 febbraio 1990 n° 39, Conversione in legge, con modificazione, del decreto-legge 30 dicembre 1989, n° 416, recante norme urgenti in materia di asilo politico, di ingresso e soggiorno dei cittadini extracomunitari e di regolarizzazione dei cittadini extracomunitari ed apolidi già presenti nel territorio dello stato. Disposizioni in materia di asilo, Gazzetta Ufficiale n° 49 de 28 de febrer de 1990*.

²⁷⁰ *Norme in materia di protezione umanitaria e di diritto di asilo, Camera dei Deputati. Proposte di Legge N. 5381, approvati, in un testo unificato, dal Senato della Repubblica il 5 novembre 1998, que recollia el Progetto di legge n° 6018 Disposizioni in materia d'asilo; i que va ser aprovat per l'assemblea el 7 de març de 2001*.

²⁷¹ *Legge 30 luglio 2002, n° 198 Modifica alla normativa in materia di immigrazione e di asilo, Gazzetta Ufficiale n° 199 de 26 d'agost de 2002*.

únicament alguns canvis, principalment de tipus procedimental, i manté l'aproximació conjunta de l'asil i la immigració (on l'asil és l'aspecte residual).

Finalment, ha desenvolupat el procediment per al reconeixement de l'estatut de refugiat un reglament de 16 de setembre de 2004 que va entrar en vigor l'abril de 2005, i que permet l'aplicació del nou sistema dissenyat a la llei de 2002²⁷².

f.1. L'entrada i l'estada provisional del demandants d'asil que es troben a la frontera

453. L'admissió en el territori dels demandants d'asil que es presenten a la frontera depèn de l'admissibilitat de la sol·licitud. D'acord amb la *legge Martelli* de 1990, la demanda d'asil és inadmissible quan resulta, de l'examen objectiu de la policia fronterera, que s'està davant d'alguna de les següents circumstàncies:

- a. que el demandant prové d'un *primer país d'asil*, és a dir, que ja té reconegut l'estatut de refugiat en un altre estat que li ofereix protecció adequada;
- b. que el demandant prové d'un *tercer estat segur*, és a dir, un estat que no és l'estat d'origen i que ha ratificat la Convenció de Ginebra de 1951, sempre que el demandant hi hagi residit durant un temps, sense que es pugui considerar com a tal residència el trànsit per aquest país;
- c. que el demandant d'asil està exclòs de la qualitat de refugiat d'acord amb el paràgraf F de l'article 1 de la Convenció de Ginebra; o bé
- d. que el demandant ha estat condemnat prèviament a Itàlia per determinades categories de crims o és considerat una amenaça a la seguretat de l'estat, o pertany a una associació de tipus mafiós o dedicada al tràfic d'estupefaents o a una organització terrorista²⁷³.

En aquests casos, no es consentirà l'entrada en el territori. En la resta de supòsits, la persona que vol entrar en el territori per demanar-hi asil ha de presentar una instància motivada i, en la mesura del possible documentada, a l'oficina de policia fronterera. L'autoritat territorial competent lliurarà llavors al demandant un permís d'estada temporal vàlid fins l'acabament del procediment de l'examen de la demanda d'asil. La *legge Bossi-Fini* de 2002 va afegir cinc casos més en els que no es lliuraria el permís d'estada temporal; els tres primers es refereixen a persones que es troben a la frontera (e-g), i els altres dos (h-i), a persones que són dins del territori:

- e. quan calgui verificar la nacionalitat o la identitat del demandant, si no està en possessió del document de viatge o d'identitat, o va presentar documentació falsa quan va arribar;
- f. quan calgui verificar elements en els que es basa la demanda d'asil, si no estan immediatament disponibles;

²⁷² Decreto n.303 del 16 settembre 2004, Regolamento relativo alle procedure per il riconoscimento dello status di rifugiato, Gazzetta Ufficiale n. 299 del 22 de desembre de 2004.

²⁷³ Legge 28 febbraio 1990 n° 39, article 1§4.

- g. mentre es desenvolupa el procediment per establir el reconeixement del dret d'entrar en el territori²⁷⁴;
- h. quan el demandant d'asil ha presentat la demanda mentre estava detingut per haver eludit o haver provat d'eludir el control fronterer, o està en situació d'estada il·legal; o
- i. quan la demanda d'asil s'ha presentat per part d'un estranger destinatari d'una decisió d'allunyament o d'expulsió²⁷⁵.

454. En els casos de demandes d'asil en frontera dels tipus (a) a (g), si no es concedeix permís autorització d'entrada, el demandant d'asil podria ser allunyat del territori. Aquest allunyament no es podrà fer de forma immediata després de l'arribada del demandant d'asil²⁷⁶, però sí quan l'autoritat de policia competent estableixi que el demandant no té dret de ser admès a Itàlia. L'allunyament tampoc es podrà fer si concorren en el cas motius de caràcter humanitari o que resultin d'obligacions internacionals de l'estat italià, d'acord amb el paràgraf 6 de l'article 5 de la *Legge 6 marzo 1998*²⁷⁷. Això significa que l'allunyament no es podrà fer en cap cas si significa *refoulement* cap un lloc on la persona podria patir persecució directament o a través d'un ulterior *refoulement*, o si es vulneressin els drets reconeguts al Conveni europeu per a la protecció dels drets humans i les llibertats fonamentals.

D'altra banda, *en cap cas podrà disposar-se l'expulsió o l'allunyament envers un estat on l'estranger pugui ser objecte de persecució per motiu de raça, sexe, llengua, nacionalitat, religió, opinions polítiques, condicions personals o socials, o pugui estar en risc de ser reenviat a un altre estat on no estigui protegit davant de persecució*²⁷⁸.

D'acord amb la *legge Martelli* pot presentar-se contra la decisió d'allunyament un recurs jurisdiccional que, en tot cas, podrà constatar si concorren circumstàncies que impedeixen que es produeixi l'allunyament²⁷⁹. No es preveu expressament que aquest recurs sigui suspensiu.

²⁷⁴ Article 1 bis.1 de la *legge Martelli* introduït per la *Legge 30 luglio 2002, n° 198*, article 32.

²⁷⁵ Article 1 bis.2 de la *legge Martelli* introduït per la *Legge 30 luglio 2002, n° 198*, article 32.

²⁷⁶ L'article 8.4 de la *Legge 6 marzo 1998, n° 40, Disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero* [article 10 del *Decreto Legislativo 25 luglio 1998, n° 286*] preveu que les disposicions sobre refús (*respingimento*) en frontera dels estrangers que es presenten sense complir les condicions previstes a la llei per a l'accés al territori, no s'apliquen en els casos previstos en la normativa vigent sobre asil, reconeixement de l'estatut de refugiat i protecció temporal per motius. Per això cal entendre que, coma mínim cal examinar l'admissibilitat de la demanda d'asil, el problema és que en aquests casos, l'asil provisional mentre es tramita la demanda d'asil es fa dependre d'una decisió que no és adoptada per l'autoritat competent en matèria d'asil i refugi.

²⁷⁷ Article 5§6 de la *Legge 6 marzo 1998, n° 40, Disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero* [article 5§6 del *Decreto Legislativo 25 luglio 1998, n° 286*].

²⁷⁸ Article 17§1 de la *Legge 6 marzo 1998, n° 40, Disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero* [article 19 del *Decreto Legislativo 25 luglio 1998, n° 286*].

²⁷⁹ *Legge 28 febbraio 1990 n° 39*, article 1§6.

f.2. El procediment simplificat aprovat per la *legge Bossi-Fini* de 2002

455. En els supòsits (h) i (i) als quals s'ha fet referència anteriorment, la *legge Bossi-Fini* preveu que s'aplicarà un *procediment simplificat* per a l'examen de les demandes d'asil, en la mesura que són demandes fetes *dins* del territori italià.

Aquest procediment es preveu a l'article 1ter de la *legge Martelli*, afegit per la *legge Bossi-Fini*²⁸⁰, i preveu un examen en primera instància de la demanda d'asil en el termini màxim de 20 dies.

En el supòsit (h), és a dir, quan la persona està detinguda per haver eludit o provat d'eludir els controls fronterers o es troba en situació il·lícita, l'autoritat competent ha de disposar primer la detenció de la persona en un *centri di identificazione*. En el termini de dos dies des de la recepció de la demanda d'asil l'ha trametre juntament amb la documentació necessària a la *commissione territoriale* (aquests òrgans han estat creats també per la llei de 2002, que descentralitza l'adopció de les decisions sobre asil en primera instància). En el termini de 15 dies des de la recepció de la documentació es procedirà a una entrevista amb la persona, i, després, en el termini de tres dies es resoldrà la sol·licitud.

En el supòsit (i), de persones destinatàries de decisions d'allunyament o d'expulsió, el demandant és detingut en un centre de retenció temporal, i es demana al jutge una pròrroga del període de detenció de 30 dies. L'allunyament, per tant, no es podrà produir, com a mínim fins passat aquest període. Després el procediment és el mateix que en el cas anterior.

456. Quan s'escolen els terminis de 20 o 30 dies, respectivament, sense que el procediment simplificat hagi acabat, a la *legge* n. 189 de 2002 s'estableix que es concedirà a l'estranger un *permis d'estada temporal fins a l'acabament del procediment*²⁸¹. En el *Decreto* n.303 que desenvolupa el procediment per al reconeixement de l'estatut de refugiat s'estableix que el permís tindrà un període de validesa de 3 mesos renovable fins a l'acabament del procediment²⁸².

En segona instància, si el demandant rep una resolució negativa i així ho demana en el termini de cinc dies des de la comunicació de la decisió, la *commissione territoriale*, integrada per un component de la *Commissione nazionale per il diritto di asilo*, reexamina la decisió en el termini de 10 dies²⁸³.

En tercera instància, pot tornar a examinar la decisió el tribunal ordinari territorialment competent si es planteja el recurs en el termini de 15 dies. Aquest recurs no suspèn l'allunyament de la persona del territori nacional, tot i que hi ha la possibilitat

²⁸⁰ *Legge* 30 luglio 2002, n° 198, article 32.

²⁸¹ Article 1bis.5 de la *legge Martelli* introduït per la *Legge* 30 luglio 2002, n° 198, article 32.

²⁸² Article 3§4 del *Decreto* n.303 del 16 settembre 2004.

²⁸³ Article 1ter.6 de la *legge Martelli* introduït per la *Legge* 30 luglio 2002, n° 198, article 32.

de demanar al *prefetto* competent restar en el territori fins la resolució del recurs. La decisió en aquesta tercera instància és ferma i immediatament executiva²⁸⁴.

De la normativa italiana es deriva que la concessió d'asil es lliga a la qualificació com a refugiat del demandant. De tota manera, reforçant les previsions vistes anteriorment sobre la prohibició d'allunyament i d'expulsió, la *legge Bossi-Fini*, preveu de forma molt precària la possibilitat d'una protecció de caràcter humanitari. S'estableix que la *commissione territoriali*, en l'examen de la demanda d'asil ha de tenir en compte el paràgraf 6 de l'article 5 del *Decreto Legislativo n. 286*, que prohibeix l'allunyament en contravenció amb les obligacions internacionals d'Itàlia, i especialment l'article 3 del Conveni europeu per a la protecció dels drets humans i les llibertats fonamentals²⁸⁵.

457. A Itàlia, les exigències de l'harmonització europea han conduït a recuperar la idea d'una regulació unitària i específica del règim de l'asil i la protecció humanitària. En aquest sentit, el 6 de maig de 2004 es va presentar la *Proposte di legge n° 1238 Norme in materia di protezione umanitaria e di diritto di asilo*, coneguda pel nom del seu relator *Soda*. En aquesta proposta es considera que és demandant d'asil el refugiat en el sentit de la Convenció de Ginebra així com també qui demana ser protegit per altres motius, es manté el procediment accelerat per als casos que ja preveu la *legge Bossi-Fini*, i l'amplia als casos (e), (f) i (g) abans esmentats; i, amb encert, incorpora els motius que ara figuren a la *legge Martelli* com a motius d'inadmissió com a raons per refusar una demanda d'asil, tot i afegint altres causes de refús de la demanda, especialment, relatives a la protecció de la seguretat nacional i de l'ordre públic.

Aquesta proposta és menys ambiciosa que la que es va fer l'any 1998²⁸⁶, que ordenava els procediments aplicables en un *preexamen* de la demanda (habitualment en frontera) per tal de poder determinar preliminarment si Itàlia és *l'estat competent per a l'examen de la demanda en aplicació de les convencions internacionals en què sigui part*; un examen d'admissibilitat o de si la demanda és o no *manifestament infundada*, utilitzant, per exemple, el concepte de tercer estat segur; i un procediment substantiu que permetés refusar les demandes amb mancances greus de fonamentació o clarament *increïbles o instrumentals*.

2. L'entrada en el territori dels estats membres d'acord amb la *Directiva 2005/85/CE del Consell sobre normes mínimes per als procediments que han d'aplicar els estats membres per concedir o retirar la condició de*

²⁸⁴ Article 1ter.6 de la *legge Martelli* introduït per la *Legge 30 luglio 2002, n° 198*, article 32.

²⁸⁵ Article 1quater.4 de la *legge Martelli* introduït per la *Legge 30 luglio 2002, n° 198*, article 32.

²⁸⁶ *Norme in materia di protezione umanitaria e di diritto di asilo, Camera dei Deputati. Proposte di Legge N. 5381, approvati, in un testo unificato, dal Senato della Repubblica il 5 novembre 1998.*

*refugiat*²⁸⁷

a. Trets de l'ordenació dels procediments per concedir o retirar la condició de refugiat prevista a la directiva

458. L'objectiu principal de la directiva, com es reconeix en el preàmbul, és *introduir un marc regulador mínim a la Comunitat Europea relatiu als procediments per concedir i retirar la condició de refugiat*. Es tracta, per tant, d'una *primera mesura* sobre procediments d'asil, que s'inscriu en el marc de l'objectiu d'assolir un sistema europeu comú d'asil que inclou a curt termini *normes comunes per a procediments justos i eficaços d'asil en els estats membres* i, a més llarg termini, normes que estableixin un *procediment comú d'asil* a la Unió Europea²⁸⁸.

La directiva 2005/85/CE aprovada l'1 de desembre de 2005, després d'un procediment molt llarg, feixuc i complex, tanca la primera etapa de l'objectiu d'assolir un sistema europeu comú d'asil en el marc de l'Espai de Llibertat, Seguretat i Justícia de la Unió Europea, d'acord amb el programa de Tampere i amb unanimitat per part del Consell²⁸⁹. L'exigència de la unanimitat i la manca de voluntat política per part dels estats d'harmonitzar de forma substancial els seus procediments nacionals d'asil, força diversos els uns en relació amb els altres, ha dut a un resultat poc reeixit que no s'ajusta al propòsit confessat a la proposta de directiva segons el qual, amb la directiva s'havia d'obtenir la *màxima qualitat* sense posar en perill l'*eficàcia* dels procediments i, també,

*facilitar als estats membres l'aplicació d'un sistema ràpid i senzill pel qual es tramitin correctament i ràpida les sol·licituds d'asil de conformitat amb les obligacions internacionals i les constitucions dels estats membres*²⁹⁰.

Les normes mínimes per als procediments que han d'aplicar els estats membres per concedir o retirar la condició de refugiat establertes a la Directiva 2005/85/CE no suposaran que els procediments d'asil siguin sempre senzills, ràpids però eficaços, justos i amb les garanties precises, ni tampoc que tots els demandants d'asil que presenten les seves sol·licituds davant d'un o altre estat membre tindran les mateixes garanties o un nivell de garanties equivalent.

²⁸⁷ Directiva 2005/85/CE del Consejo de 1 de diciembre de 2005 sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado, DOUE de 13.12.2005, N° L 326/13-34.

²⁸⁸ Preàmbul de la Directiva 2005/85/CE, §1-5.

²⁸⁹ Per a una anàlisi crítica de la proposta de directiva modificada en el context de l'harmonització europea, Cristina Gortázar, "Asylum Procedures", Constanza Dias Urbano Da Sousa, Philippe de Bruycker (eds.), *The Emergence of a European Asylum Policy. L'Émergence d'une politique européenne d'asile*, Brussel·les: Bruylant, 2004, pàgs. 87-106.

²⁹⁰ Paràgrafs 6 i 11 del preàmbul de la *Propuesta modificada de Directiva del Consejo sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado*, Brussel·les, 18 de juny de 2002, COM (2002) 326 final, 2000/0238 (CNS).

459. EL PROBLEMA DE L'ÀMBIT D'APLICACIÓ. Un primer element de confusió es deriva del fet que l'àmbit d'aplicació de la directiva 2005/85/CE sobre *normes mínimes relatives als procediments*, no és el mateix que el de la directiva 2004/83/CE *per la que s'estableixen normes mínimes sobre els requisits i l'estatut al que poden optar ciutadans de tercers països i persones apàtrides per ser refugiats o beneficiaris d'altres tipus de protecció internacional*. Els procediments previstos a la directiva només s'aplicaran a les demandes de qualificació com a refugiat o retirada de l'estatut, i no a d'altres tipus de procediments d'asil o *protecció subsidiària*. Malgrat tot, si no es diu expressament el contrari, totes les demandes d'asil presentades en un estat, s'entendrà, per defecte que suposen la petició del reconeixement com a refugiat del sol·licitant. Tot i no estar obligats a fer-ho, els estats poden decidir aplicar les disposicions de la directiva als procediments relatius a qualsevol tipus de *sol·licituds de protecció internacional*²⁹¹. Els estats no estan obligats a examinar les demandes d'asil que no es fonamenten en la condició de refugiat en procediments que s'adeqüin a la directiva, les quals, per això podran seguir sent decidides de conformitat amb els procediments que cada estat estableixi segons la seva normativa interna.

La directiva de normes mínimes relatives als procediments preveu en capítols separats disposicions sobre *procediments en primera instància* (capítol III), disposicions sobre *procediments per a la retirada de l'estatut de refugiat* (capítol IV) i *procediments de recurs* (capítol V).

En el cas dels procediments en primera instància, es preveu un *procediment d'examen* que pot ser *accelerat* en determinats casos; i que els estats podran preveure procediments específics en dos casos: per a sol·licituds posteriors i manca de compareixença (secció IV del capítol III de la directiva), i en el cas dels procediments fronterers (secció V del capítol III de la directiva). No es desenvolupa, tot i que es sobreentén que els estats poden aplicar un *procediment d'admissibilitat* per a demandes que s'ajustin als supòsits previstos i, també, els estats poden adoptar una decisió de no examen en tres casos (demandes d'asil de nacionals dels estats membres, quan no siguin *responsables* d'acord amb el sistema de Dublín, i quan el demandant vingui d'un *tercer estat europeu segur*).

Per al que interessa en aquest Capítol X, relatiu a l'entrada i l'admissió dels demandants d'asil en els estats membres de la Unió Europea, es farà ara referència a les previsions de la directiva sobre els procediments fronterers, i es desenvoluparan altres qüestions relatives als procediments des de la perspectiva dels drets de procediment dels demandants d'asil al Capítol XI.

460. PREVISIONS DE LA DIRECTIVA 2005/85/CE SOBRE PROCEDIMENTS FRONTERERS. D'acord amb la Directiva, els estats membre podran *estipular procediments a la frontera o en les zones de trànsit per adoptar decisions sobre les sol·licituds d'asil que es presentin en*

²⁹¹ Article 3§3 de la Directiva 2005/85/CE de procediments.

aquests llocs, de conformitat amb els principis i garanties fonamentals previstos per al *procediment d'examen* en primera instància²⁹².

Els estats membres, d'altra banda, podran mantenir, de conformitat amb la seva normativa vigent a 1 de desembre de 2005, procediments fronterers per decidir, prèviament a l'adopció d'una decisió sobre la demanda d'asil, si persones que han demanat asil a la frontera o en les zones de trànsit, poden *entrar* en el territori. Els estats membres que tenen procediments fronterers específics per determinar l'admissió en el territori dels demandants d'asil que no han entrat formalment en el país, o que han entrat il·legalment o per llocs no autoritzats, podran mantenir-los i emprar-los, a més, *com a excepció als principis i garanties fonamentals* aplicables als procediments d'examen en primera instància establerts al capítol II de la directiva²⁹³. Els estats, per tant, es reserven el dret de fer un examen preliminar de les demandes d'asil, la resolució del qual determinarà l'accés a una protecció provisional territorial mentre s'examina el fons de la demanda. A la redacció final de la directiva, a més, es va eliminar una cautela que establia que la denegació de l'entrada no podia invalidar la resolució sobre la sol·licitud d'asil, excepte si es basava en un examen *basat en els fets* de la demanda per part de les autoritats competents en matèria d'asil i refugi²⁹⁴. L'expressió que s'utilitzava era volgutament ambigua, ja que no assegurava que fos un examen, per bé que accelerat, *substantiu*. La directiva 2005/85/CE, no obstant, estableix que l'examen de l'admissió en el territori estarà vinculat a l'examen, bé només formal, bé també substantiu, de la demanda d'asil, ja que, en els procediments fronterers que els estats poden mantenir,

*en cas de que una autoritat competent denegui l'autorització d'entrada, aquesta autoritat exposarà els fonaments de fet i de dret pels quals es considera la sol·licitud d'asil infundada o inadmissible*²⁹⁵.

La previsió de la directiva sobre el manteniment de procediments fronterers d'admissió en el territori és un dels compromisos que es deriven de la situació de bloqueig a la que es va arribar a la reunió del Consell de justícia i interior de 6-7 de desembre de 2001, on es van decidir les bases acceptables per als estats d'una futura directiva, i a on no es va arribar a un acord sobre els procediments en frontera. La perspectiva adoptada és deixar llibertat als estats per seguir mantenint o preveient aquests procediments fronterers que, prèviament o simultània amb l'adopció d'una primera decisió sobre la petició de protecció, decideixen sobre el *dret* de persones no nacionals *d'entrar* en el seu territori, obviant la seva condició de demandants d'asil. Aquesta condició, en aquests estats, no es reconeix, normalment, fins que la demanda no ha estat considerada admissible, o admesa a tràmit.

²⁹² Article 35§1 de la Directiva 2005/85/CE de procediments.

²⁹³ Article 35§2 de la Directiva 2005/85/CE de procediments.

²⁹⁴ Article 35.6 de la Proposta modificada de directiva.

²⁹⁵ Article 35§3 final de la Directiva 2005/85/CE de procediments.

La directiva estableix que, en aquests casos, els procediments fronterers que els estats mantinguin per decidir sobre l'admissió en el territori hauran de respectar unes garanties i drets que es podrien anomenar *supermínims*, ja que no arriben a assolir els *mínims* previstos per als procediments d'examen en primera instància.

El termini màxim previst per a l'acompliment d'aquests procediments fronterers és de 4 setmanes, tot i que s'estableix que els estats hauran d'adoptar una decisió en un *termini raonable*. Esgotat el termini màxim, *es concedirà al sol·licitant d'asil l'entrada en el territori de l'estat membre per a que tramiti la sol·licitud* de conformitat amb les demés disposicions de la directiva²⁹⁶.

461. Com a mínim, els procediments fronterers d'admissió en el territori haurien de respectar els següents principis i garanties *supermínims*²⁹⁷ en tots els casos:

1. el dret dels demandants d'asil de romandre a la frontera o en les zones de trànsit de l'estat fins que finalitzi el procediment fronterer. En el text de la directiva s'estableix que això serà *sense perjudici de l'article 7*, que preveu el dret de romandre en l'estat membre fins que l'autoritat decisòria hagi dictat una resolució conforme a les previsions per als procediments en primera instància. Un interpretació literal de la disposició conduiria a que el demandant d'asil tingués dret d'estar-se en el territori, per bé que a la frontera o en zona d'espera, fins que l'autoritat decisòria no hagués adoptat una decisió en primera instància de la demanda d'asil, per tant, independentment, si és el cas, de la decisió sobre l'admissió en el territori. Una interpretació estricta llevaria sentit a l'excepció prevista per als procediments fronterers, per als quals, a més, l'autoritat decisòria pot ser diferent de l'autoritat responsable d'examinar les demandes d'asil²⁹⁸, però equipararia els demandants d'asil independentment del lloc on hagin presentat la seva demanda d'asil pel que fa al gaudi d'un asil provisional mentre es fa el primer examen d'una demanda de protecció.
2. el dret dels demandants d'asil de ser informats immediatament dels seus drets i obligacions *en una llengua que sigui raonable suposar que comprenen*, així com també de les *possibles conseqüències de l'incompliment de les seves obligacions i de la seva manca de cooperació amb les autoritats*, i dels terminis i mitjans que tenen per complir amb l'obligació de presentar els elements requerits relatius a la demanda de protecció;
3. el dret dels demandants d'asil d'accedir, si és necessari, als serveis d'un intèrpret, per *exposar els seus arguments davant de les autoritats competents*;
4. el dret dels demandants d'asil de ser rebuts en audiència, abans que l'autoritat competent resolgui sobre el procediment per part de persones que tinguin

²⁹⁶ Article 35§4 de la Directiva 2005/85/CE de procediments.

²⁹⁷ Article 35§3 de la Directiva 2005/85/CE de procediments.

²⁹⁸ Article 4§2 d) i e) de la Directiva 2005/85/CE de procediments.

coneixements adequats de les normes pertinents aplicables en l'àmbit de l'aril i del dret dels refugiats. Es pot prescindir de l'audiència personal quan: (a) l'autoritat decisòria pot adoptar una resolució favorable d'acord amb les proves disponibles; (b) l'autoritat competent ja s'ha reunit amb el demandant per ajudar-lo a omplir la sol·licitud i donar-li la informació bàsica; i (c) l'autoritat decisòria, basant-se en un estudi complet de la informació subministrada pel sol·licitant, consideri infundada la sol·licitud en els casos en què s'apliquin determinades circumstàncies. Aquestes són: en cas que s'al·leguin qüestions no relacionades amb el refugi; que el demandant provingui d'un país d'origen segur o d'un tercer país segur; que el relat sigui incoherent, inversemblant o insuficient; o s'hagués presentat la demanda únicament per tal d'ajornar o frustrar una decisió anterior d'allunyament. Aquestes excepcions al dret de ser escoltat en persona per part de l'autoritat decisòria poden suposar el incompliment del deure d'aplicar procediments justos i un risc de refolement greu, especialment en el primer cas, en què el demandant demani protecció per raons diferents de les que el qualificarien de refugiat però que igualment suposen necessitat de protecció.

5. el dret dels demandants d'asil de consultar de manera efectiva amb un lletrat o un altre conseller jurídic admès o autoritzat com a tal en el dret de l'estat qüestions assumptes relacionats amb les demandes d'asil;

462. D'acord amb aquestes previsions de la directiva sobre les garanties *supermínimes* que han de respectar els procediments fronterers, resulta que, fent una interpretació *a contrario*, no s'obliga als estats a preveure en aquests procediments altres garanties *mínimes* aplicables en els procediments d'examen en primera instància de les demandes d'asil, com

- a. el dret fonamental d'accedir al procediment;
- b. les garanties relatives a l'examen de les sol·licituds d'asil, com que sigui *individual, objectiu i imparcial*; després d'haver-se obtingut informació *precisa i actualitzada de diverses fonts*, com de l'ACNUR; i que el personal examinador conegui suficientment les normes pertinents en el camp del Dret de l'asil i el refugi;
- c. la garantia que consisteix en què les resolucions hagin de fer-se per escrit, i hauran d'informar de les raons de fet i de dret en cas de desestimació, i de les possibilitats de recurs;
- d. la garantia relativa a la possibilitat de comunicar-se amb l'ACNUR o amb altres organitzacions que operin en nom seu;
- e. la garantia relativa a la informació de la resolució de l'autoritat decisòria en una llengua que sigui raonable esperar que entén el demandant d'asil;

Qualsevol d'aquestes omissions pot provocar una indefensió del demandant d'asil que es presenta en frontera a qui s'aplica un procediment per a l'admissió en el territori que pot no tenir en compte la seva *necessitat de protecció*.

El procediment és un procediment accelerat, però a diferència de la resta, es preveu un termini màxim de quatre setmanes, després de les quals el demandant d'asil serà admès en el territori. Aquest termini escurça només en dues setmanes el temps que s'entén adequat en el cas dels procediments d'examen en primera instància de les demandes d'asil, que és de 6 setmanes.

463. El manteniment de procediments fronterers en els estats membres amb garanties mínimes diferents de les de la resta de procediments en primera instància, comporta, dos problemes importants. En primer lloc, l'examen de l'autorització d'entrada pot ser independent de l'examen del fons de la demanda d'asil, cosa que pot dur a situacions de *refoulement* prohibits, i a una denegació, a la pràctica, de l'accés a un *procediment amb totes les garanties* que assegurui un examen complet, imparcial, individual i objectiu de la situació del demandant d'asil. Si l'examen de l'autorització d'entrada del demandant d'asil té en compte la demanda d'asil i fa un primer examen de la sol·licitud, s'hauria d'aplicar el procediment accelerat ordinari previst per a quan es donen diferents situacions (irrellevància de la demanda, país d'origen segur, etc.²⁹⁹); ja que, sinó, es pot donar el cas que s'apliquin a les demandes d'asil presentades a la frontera fins a dos procediments accelerats, un d'un màxim de 4 setmanes que determini l'admissió en el territori, i un altre, per al qual no es preveu un temps màxim de durada (en principi hauria de durar menys de 6 setmanes que és el temps *raonable* previst per a l'examen de les demandes en primera instància) quan es donin les circumstàncies que la directiva preveu per a l'aplicació de procediments accelerats.

En segon lloc, la reducció dels drets i les garanties que els demandants d'asil tenen quan presenten la seva demanda d'asil a la frontera quan l'estat manté un procediment d'admissió en el territori, és contrària al principi de no discriminació, que exigeix que tots els demandants d'asil, també els que presenten la demanda de protecció a les fronteres dels estats, tinguin la possibilitat de presentar una demanda relativa al reconeixement de la seva condició de refugiats o de persones que han de ser protegides, i gaudeixin de les mateixes garanties bàsiques. Els *principis i garanties bàsiques* dels procediments fronterers són només alguns dels *principis i garanties bàsiques* que es preveuen a la directiva per als procediments d'asil accelerats i ordinaris, amb la qual cosa es manté un dels problemes inherents a l'existència dels procediments fronterers, que és la diferència de tractament a què es veuen sotmesos els demandants d'asil pel fet de no haver estat admesos en el territori o no haver travessat legalment els llocs fronterers, malgrat trobar-se efectivament en el territori de l'estat. Aquesta diferència de tractament vulnera l'article 3 de la Convenció de Ginebra que preveu el principi de no

²⁹⁹ Article 23§4 de la Proposta modificada de directiva.

discriminació per raó del país d'origen que, en definitiva, serà el motiu que faci que el demandant d'asil tingui o no tingui l'oportunitat d'entrar il·legalment en el territori, més enllà de les zones de trànsit o els llocs de control fronterer.

Tal com també ho ha expressat l'Assemblea parlamentària del Consell d'Europa, en una resolució d'octubre de 2005, els demandants d'asil que són a les fronteres, igual que els que són ja més enllà d'aquestes, dins del país, han de poder beneficiar-se *dels mateixos principis i garanties per a la seva demanda de reconeixement de l'estatut de refugiat*³⁰⁰.

També és contrari al principi de no discriminació i als estàndards internacionals marcats per les conclusions de l'ACNUR, el fet que l'autoritat decisòria que pot determinar la no admissió en el territori en funció de les circumstàncies de fet de la demanda d'asil o del demandant pugui ser diferent en el cas de les demandes presentades en frontera, que en el cas de les demandes presentades dins del territori. L'interès en què actuen les primeres acostumarà a ser un interès més centrat en l'estat, la seva seguretat, la impenetrabilitat de les fronteres, que no pas un interès específic per protegir les persones en situació de necessitat de protecció, que hauria de ser present i principal en les autoritats encarregades de l'examen de les demandes d'asil. L'element fronterer hauria de ser un element accessori de les decisions d'admissió en el territori, mentre que, si hi ha unes autoritats i unes garanties per a aquests procediments diferents respecte dels que es desenvolupen dins del territori, l'element fronterer assoleix una importància que no li correspon en el cas dels demandants d'asil.

b. Balanç i perspectives de l'admissió dels demandants d'asil en els estats membres de la Unió Europea

464. Del repàs de les normatives d'alguns dels estats europeus s'extreu que, en principi, s'accepta que els demandants d'asil que arriben a trobar-se en el país, malgrat que només a les fronteres d'un estat, no poden ser refusats immediatament. És a dir, que tenen un dret de romandre, almenys en una part del territori, precàriament, fins que s'estableixi si són o no admesos a entrar en el país i a estar-s'hi fins a l'acabament de l'examen de la sol·licitud de protecció. Els demandants d'asil tenen, per tant, reconegut un *dret d'asil provisional*, reduït espacialment i temporal que, no obstant, pot acabar per motius que no estan directament lligats al fons de la demanda o a les circumstàncies específiques de la persona, sinó que responen a circumstàncies ambientals. El dret d'asil provisional que es deriva de la Convenció de Ginebra i de les normes generals de dret internacional va més enllà i comporta un respecte estricte, com a mínim, del principi de *non-refoulement*, que assegura el gaudi del *hard core* dels drets humans en situacions de

³⁰⁰ Assemblea parlamentària del Consell d'Europa, *Résolution 1471 (2005) Procédures d'asile accélérées dans les Etats membres du Conseil de l'Europe*, 7 d'octubre de 2005, §8.4.2.

necessitat de protecció, fins que en el cas concret no hagi acabat la tramitació del fons de la sol·licitud d'asil, i fins a l'adopció d'una decisió ferma.

Malgrat això, la tendència de les polítiques internes dels estats europeus iniciada amb els atemptats de Nova York, Washington i Pensilvània d'11 de setembre de 2001, marcada pels atemptats de Madrid d'11 de març de 2004 i, molt probablement, agreujada amb els atemptats de Londres de 7 i 21 de juliol de 2005³⁰¹, està caracteritzada per la restricció de drets i per la sacralització de la frontera com a línia divisòria amb un perill difús, que ara té cara de terrorista³⁰².

El risc de *refoulement* sumari a les fronteres augmenta únicament per l'aparença física i pel pressuposat lloc d'origen dels demandants d'asil, i per les *presumpcions discriminatòries derivades de la nacionalitat, de l'origen ètnic o de la fe religiosa* de la persona que demana ser protegida en un altre país³⁰³. D'altra banda, com apunta l'ACNUR, *la no admissió a les fronteres i l'eliminació de l'accés als procediments d'asil no només lesiona els demandants d'asil de bona fe, sinó que pot servir, irònicament, com a incentiu per al terrorisme encoratjant als qui hi estiguin implicats a cercar entrar per mitjans il·legals, eliminant així la possibilitat d'identificació a través de les entrevistes que acompanyen les concessions d'asil*³⁰⁴.

465. Si bé la directiva del Consell *sobre normes mínimes per als procediments de concessió i retirada de l'estatut de refugiat* és un intent de racionalització dels procediments aplicats en els estats membres, no resol ni tots els problemes, ni els més importants, com és el cas de l'admissió en el territori. Ans el contrari, permet la superposició de procediments formals accelerats, no garanteixi un examen del fons de les demandes de protecció presentades a les fronteres dels estats membres, i permet una multiplicitat de diferències en els procediments aplicats en els estats que no assegura un tractament equivalent ni una equivalent oportunitat per als demandants de protecció de ser admesos en el territori en els estats membres, ni d'obtenir-hi asil.

De tota manera, la directiva 2005/85/CE, pot contribuir a posar un fre a l'ampliació il·limitada per part dels estats membres de causes d'inadmissibilitat i d'exàmens no substantius de les demandes d'asil. Al marge dels tres casos de demandes *inexaminables* d'acord amb la directiva i dels supòsits de demandes *inadmissibles* de l'article 25, que consisteixen bàsicament, com s'ha vist, casos de demandants que ja estan protegits o de demandes no originals, els estats hauran de fer un examen

³⁰¹ Human Rights Watch, *No Safe Refuge. The Impact of the September 11 Attacks on refugees, Asylum Seekers and Migrants in the Afghanistan Region and Worldwide*, 18 d'octubre de 2001.

³⁰² *The border takes on a new sacred symbolism as the line of security*; Elspeth Guild, "International Terrorism and EU Immigration, Asylum and Borders Policy: The Unexpected Victims of 11 September 2001", *EFAR*, vol. 8, 2003, pàg. 345.

³⁰³ ACNUR, *Addressing Security Concerns without Undermining Refugee Protection. UNHCR's perspective*, Ginebra: UNHCR, novembre de 2001, §6, pàg. 2/19.

³⁰⁴ *Ibidem*, §6, pàg. 2/19.

substantiu de les demandes d'asil que se'ls presentin³⁰⁵. Això, en principi, obligarà a alguns estats, com Espanya, a modificar la seva normativa sobre asil que preveu altres causes d'inadmissió a tràmit de les demandes d'asil³⁰⁶. Només en principi, perquè hi ha el risc que el buit legal que la directiva deixa en el cas dels procediments fronterers s'ompli amb procediments d'admissibilitat de les demandes sota el cobert de ser procediments fronterers d'admissió en el territori.

466. La directiva no preveu realment unes *normes mínimes* per a tots els procediments, ni les mateixes *normes mínimes* per a tots els procediments que contempla. Els procediments per a la concessió de protecció subsidiària no estan inclosos dins dels procediments que cal que compleixin les normes i principis bàsics previstos, cosa que crea un desajustament important amb la Directiva 2004/83 *per la qual 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 concedida*. D'altra banda, dins de la directiva, que es presenta com a definidora de normes i principis bàsics, es preveuen procediments diversos procediments accelerats, preveient-se per al cas dels fronterers, un nivell de garanties i principis que, d'acord amb la terminologia emprada a la directiva caldria anomenar d'*inframínims*.

La directiva no resol tampoc un dels principals problemes del tractament de les demandes d'asil que és el dels règims aplicables a les demandes d'asil en frontera. La manca d'harmonització del procediment aplicable a les demandes d'asil en frontera fa que els estats membres no garanteixin que els demandants d'asil que es troben sota la jurisdicció d'un d'ells tinguin un mateix asil provisional, ni un mateix dret d'entrar formalment en el territori del país del qual reclamen protecció, ni tampoc una mateixa oportunitat de restar en el territori de l'estat fins que s'adopti una decisió.

467. Finalment, de la directiva no resulta tampoc que els estats hagin de respectar en els seus procediments fronterers alguns dels principis que són essencials per garantir un tractament adequat de les demandes presentades a la frontera:

PRIMER, que els demandants d'asil en frontera tinguin garantit el dret de romandre provisionalment en el territori de l'estat d'asil o *asil provisional* fins que acabi l'examen del fons de la sol·licitud. Un examen del fons de la sol·licitud, accelerat o no, és l'única manera d'avaluar el risc de *refoulement* contrari a les

³⁰⁵ En relació a aquesta qüestió, el preàmbul estableix un principi general d'acord amb el qual els estats membres haurien d'examinar totes les sol·licituds referint-se a la substància, llevat de si hi ha un *primer país d'asil*, el demandant prové d'un *tercer país europeu segur*, o si degut a una connexió amb un *tercer país segur*, el demandant podria *raonablement* cercar protecció en aquest país. Directiva 2005/85/CE de procediments, §22-24.

³⁰⁶ Com ho desenvolupa Maryellen Fullerton, "Inadmissible in Iberia: The Fate of Asylum Seekers in Spain and Portugal", *IJRL*, vol. 17, núm. 4, desembre de 2005, pàgs. 659-687.

previsions de la Convenció de Ginebra i de les disposicions de dret internacional general.

SEGON, que no es refusi l'admissió en el territori del demandant d'asil per motius que, d'acord amb la Convenció de Ginebra no poden justificar el *refoulement*, com per exemple, per que el demandant incorre en la clàusula d'exclusió de l'estatut de refugiat del paràgraf F de l'article 1 de la Convenció de Ginebra. Aquesta circumstància s'aplica com a causa d'inadmissibilitat, per exemple, a Itàlia, França o Alemanya, i té com a conseqüència el refús de l'autorització d'entrada en el territori i l'allunyament immediat, cosa que no respecta el principi de *non-refoulement*. La directiva, en principi, obligarà a no aplicar aquesta circumstància com a causa d'inadmissibilitat de les demandes d'asil, però res obstaculitza que s'empri com a causa d'inadmissió en el territori, ja que en els procediments fronterers el marge de maniobra dels estats és molt més ampli, i no hi ha un catàleg comú de causes per les quals es pot impedir aquesta entrada formal.

En el context europeu actual, en què l'harmonització de la interpretació de la noció de refugiat i dels requisits per a la concessió d'una protecció subsidiària ha fet que s'hagin reduït substancialment els riscos de disparitats importants en l'aplicació de les nocions (la qüestió de l'agent de la persecució havent estat eliminada), l'únic procediment d'admissibilitat que podria considerar-se adequat és el que estableix quin dels estats membres de la Unió Europea ha de fer-se càrrec d'una demanda d'asil, com es fa, per exemple, a Bèlgica. No es garanteix un asil provisional fins a la finalització de l'examen d'una demanda d'asil presentada en frontera, actualment, per exemple, a Espanya, a Itàlia o al Regne Unit. La directiva no corregeix aquest problema en no prescriure's que els estats hagin de preveure recursos suspensius en els procediments accelerats i d'admissibilitat.

Si els demandants d'asil tinguessin la mateixa oportunitat d'obtenir una mateixa protecció en tots els estats membres, el principi de no discriminació exigiria un únic procediment d'admissibilitat o, en el seu defecte, un procediment d'admissibilitat igual (o equivalent en el resultat) en tots els estats membres on l'admissibilitat i l'admissió provisional en el territori depengués únicament del fet que no hi ha un altre estat membre responsable de fer-se càrrec de la demanda d'asil i de la persona que fa la sol·licitud (i, eventualment, de la seva família). Actualment, la comprovació de quin és l'estat responsable del tractament d'una demanda d'asil no és en tots els estats el primer criteri d'admissibilitat o no ho és de forma exclusiva. Llevat del cas de Bèlgica, en altres estats s'utilitza aquest criteri d'admissibilitat juntament amb d'altres, cosa que fa que un demandant d'asil no té sempre l'oportunitat que l'estat responsable es faci càrrec de la seva sol·licitud de protecció, si l'estat a les fronteres del qual ha arribat el refusa (per

exemple, cap un *tercer estat segur*) en circumstàncies en què l'estat responsable no ho hauria fet. La directiva tampoc preveu un únic criteri d'admissibilitat.

TERCER, que l'aplicació dels conceptes de *primer país d'asil*, *tercer estat segur* i *país d'origen segur* no justifiquin una decisió de refús de la demanda o de l'admissió en el territori per motius formals; és a dir, que també en aquests casos es faci un examen individual de les circumstàncies del cas de la persona que ha arribat demanant protecció, per tal de veure si, per les circumstàncies concretes del cas, la presumpció d'estat segur o d'asil no és refutada³⁰⁷.

QUART, que es garanteixi l'accés a un procediment adequat. En aquest sentit, cal que es permeti una apel·lació suspensiva de l'allunyament, de les decisions d'inadmissibilitat de demandes d'asil presentades en frontera i/o de refús d'autorització d'entrada en el territori; que les decisions que afectin al demandant es lliurin per escrit; que els demandant d'asil tingui accés a un advocat o assessor legal i a un intèrpret; i que els exàmens de les demandes siguin objectius, individuals i imparcials i incloguin una entrevista personal amb el demandant; i

CINQUÈ, que l'autoritat que decideixi sobre l'entrada dels demandants d'asil que es troben a la frontera en funció de la demanda d'asil que s'ha presentat, sigui l'autoritat competent per decidir sobre la concessió d'asil o el reconeixement de refugi, cosa que no es compleix, per exemple, ni a Itàlia ni a França, ni tampoc exigeix la directiva.

468. En definitiva, els intents d'harmonització europea dels procediments aplicables a les demandes d'asil arriben tard en la *race to the bottom* que els estats han seguit des de fa ja prop de dues dècades³⁰⁸ i, per ara, no sembla que puguin marcar un redreçament de les pràctiques envers la garantia efectiva de l'accés a un procediment objectiu, equitatiu i imparcial per assegurar que es respon adequadament a les necessitats de protecció dels demandants d'asil que es troben sota la jurisdicció d'un estat europeu, malgrat que a les seves fronteres.

Per a Steve Peers o Sandra Lavenex, l'harmonització europea, fins i tot, no només no ha contrarestat la devaluació competitiva dels estats en els règims d'asil, sinó que, pels seus resultats, l'han encoratjat. Per a Steve Peers, el resultat del *patchwork* europeu, on hi ha hagut un desequilibri entre la integració negativa (eliminació dels controls fronterers) i positiva (estàndards mínims d'asil i immigració, per exemple), en què els estats, fins i tot, en ocasions, han assumit que bastava que fossin tots parts al Conveni

³⁰⁷ Això faria possible la cautela que s'ha demanat des del Consell d'Europa sobre que l'aplicació dels principis anomenats dels països tercers segurs i del països d'origen segurs no siguin aplicats de manera arbitrària. Assemblea Parlamentària del Consell d'Europa, *Recommandation 1475 (2000) Arrivée de demandeurs d'asile dans les aéroports européens*, adoptada el 26 de setembre de 2000 § 10.i.b.

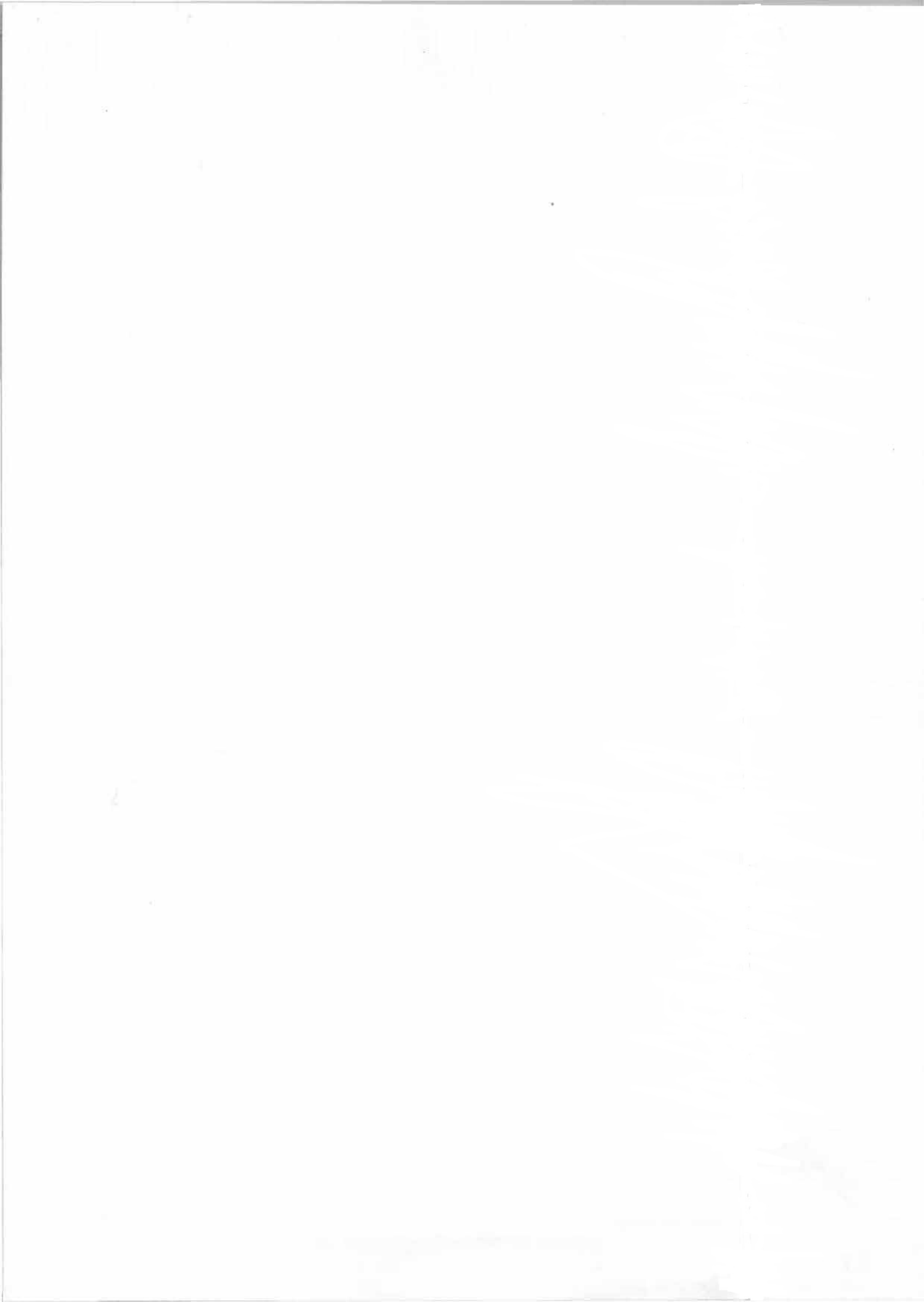
³⁰⁸ Les respostes unilaterals restrictives que els estat industrialitzats, entre els quals, els estats europeus, han donat a les migracions forçoses han configurat, per alguns autors, un *coherent general framework* de la postguerra freda. Emily A. Copeland, "Reshaping the international refugee regime: Industrialized states' responses to post-Cold War refugee flows", *International Politics*, vol. 35, pag. 426.

europeu per a la protecció dels drets humans per considerar-se uns als altres estats segurs, ha estat l'exacerbació de la *race to the bottom*, que se suposava que calia prevenir³⁰⁹. En aquest sentit, com expressa Sandra Lavenex, les disposicions normatives del règim europeu sobre el refugi *tendeixen a debilitar el compromís individual dels estats amb el dret internacional en la mesura que estableixen un sistema de redistribució que dissemina la responsabilitat i la desdibuixa*³¹⁰.

Les falles dels requisits mínims dels procediments d'asil, si no s'arriben a corregir, corren el risc de convertir-se en una llacuna en els estàndards mínims que potenciï el problema del tractament desigual dels demandants d'asil, més que no pas bandejar-lo definitivament.

³⁰⁹ Steve Peers, *EU Justice and Home Affairs Law*, Harlow (UK): Logman, 2000, pàg. 6.

³¹⁰ Sandra Lavenex, *Safe third countries: extending the EU asylum and immigration policies to Central and Eastern Europe*, Budapest/New York: Central European University Press, 1999, pàg. 165.



TERCERA PART

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

469. En la segona part d'aquest treball s'ha defensat que els demandants d'asil tenen dret de gaudir d'un asil provisional, i que aquest asil durarà més o menys temps depenent de la seva situació particular, de la normativa interna dels estats sota l'autoritat dels quals es trobin, i del temps que durin els procediments preliminars d'admissibilitat, d'admissió en el territori, i els procediments regulars de tramitació de les demandes d'asil. Com expressava Franck Moderne per al cas dels refugiats, *a la pràctica, per obtenir l'estatut convencional, el candidat al "refugi" ha de poder restar en el territori de l'estat d'acollida fins que la seva demanda sigui tractada per l'òrgan nacional de decisió. La situació intermediària precària d'aquells qui són anomenats normalment "demandants d'asil"... constitueix sens dubte una forma d'asil*¹.

Els estats europeus, en general, tendeixen evitar reconèixer les persones estrangeres que es troben sota la seva autoritat i que tenen la pretensió d'obtenir protecció com a demandants d'asil, i cerquen fórmules per tal d'excloure qualsevol forma d'acollida quan aquests es troben a les fronteres del país. La tendència a Europa, com s'ha vist, és defugir afrontar la presència efectiva dels demandants d'asil sota la jurisdicció dels estats d'asil, o fer-ho, únicament, des de la perspectiva de l'objectiu d'impedir l'entrada en el territori de persones estrangeres, partint de la presumpció que en tots o en la majoria dels casos es tracta de persones que emigren per raons de caràcter econòmic. Posar obstacles o impedir al candidat a l'estatut de refugiat fer valer, de la manera que sigui, que hi ha raons per les que tem ser perseguit en l'estat d'origen pot suposar, com ha manifestat Denis Alland, buidar de contingut els principis del sistema del dret d'asil i el mecanisme convencional². L'asil no és només la conseqüència normal del reconeixement d'una persona com a refugiat o necessitada de protecció, sinó que l'asil és també un aspecte previ en relació amb el

¹ Franck Moderne, *Le droit constitutionnel d'asile dans les états de l'Union européenne*, Paris: Economica-Presses Universitaires d'Aix Marseille, 1997, pàg. 13-14. Aquest tipus d'asil és necessàriament limitat quant als efectes i durada, i correspon a cada estat determinar-ne l'abast i la protecció que entén conferir.

² 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: Pédone, 1997, pàgs. 68-69. Segons aquest autor, no es discuteix la facultat de l'estat de desempallegar-se dels estrangers que demanen asil, sinó la utilització d'aquesta possibilitat que pot ser susceptible de buidar de contingut el sistema del dret d'asil en conjunt. Això explicaria l'aparició i la consagració jurídica de la idea que l'estat ha de tenir *motius* per tornar a qüestionar l'asil, la qual cosa *élimine le caractère discrétionnaire de son pouvoir en la matière*.

sistema de la Convenció de Ginebra de 1951, en el sentit que cal concedir al demandant d'asil un dret d'estar-se en el territori, és a dir, un *asil provisional* durant el temps necessari per a que la seva sol·licitud sigui examinada³.

La Convenció de Ginebra sobre l'estatut de refugiat, tot i no preveient el dret d'asil en el seu dispositiu, *contribueix a l'emergència d'un veritable dret d'asil sobre el territori dels estats signataris*⁴. Els estats han de *fer-se càrrec* dels demandants d'asil respecte dels quals són *responsables*, d'acord amb la terminologia emprada en el sistema de Dublín sobre atribució a un estat membre de la funció d'examinar una sol·licitud d'asil presentada en el territori d'un d'ells. El sistema de Dublín es refereix a l'obligació dels estats responsables de *fer-se càrrec* del demandant d'asil que es troba en un altre estat membre entenent, implícitament, que algú altre se n'ha *fet càrrec*, o l'ha *acollit* provisionalment. Malgrat això, els estats, en general, només assumeixen explícitament l'obligació d'acollir els demandants d'asil dels quals ja s'ha establert que són *responsables* d'acord amb el sistema de Dublín, o que han superat el tràmit d'admissió en el territori, o d'admissibilitat de la demanda d'asil, defugint, pel que fa a la resta, el deure d'acollir-los d'acord amb els estàndards internacionals.

L'acollida dels demandants d'asil, malgrat això, comença en el moment que es produeix la connexió entre el demandant d'asil i l'estat estranger al qual arriba, que passa a ser estat *d'acollida* tot i a desgrat seu, i s'estén fins que la persona és allunyada del territori, se li reconeix l'estatut de refugiat, o se li concedeix asil. Els estàndards internacionals, especialment els que es fonamenten en el Dret internacional dels drets humans, configuren unes condicions d'acollida mínimes, que parteixen de la necessitat de protecció dels demandants d'asil i de la idea que cal proporcionar-los béns bàsics per a la subsistència.

El contingut de l'asil provisional i les condicions en què es gaudeix d'aquest en els estats membres de la Unió Europea és l'objecte de la darrera part d'aquest treball. En ella es veurà quin estatut tenen els demandants d'asil en els estats europeus. Primer s'analitzaran els drets substantius dels demandants d'asil, és a dir, quins són els estàndards internacionals i europeus que regeixen l'acollida en el territori d'acord amb la idea que existeix un dret a la subsistència derivat dels drets econòmics i socials i un dret a unes condicions de detenció decents, i que els estats sota l'autoritat dels quals es troben els demandants d'asil són els responsables principals d'assegurar que aquests drets són

³ *L'asile est un "préalable" en ce sens qu'il est nécessaire, sous peine de priver la Convention de 1951 de tout effet utile, d'accorder au demandeur un droit au séjour le temps que sa demande soit instruite. Ibidem*, pàg. 63. També Jean Turpin, l'any 1937, en referir-se a la relació entre asil i extradició va afirmar que *il est impossible à l'État de refuge, alors que les individus qui demandent asile arrivent en foule, d'exercer un droit de contrôle et de rechercher si tous ont droit à l'asile. L'Etat leur accorde un asile provisoire, quitte plus tard, après contrôle, à extraditer les criminels de droit commun et à faire bénéficier les réfugiés politiques de l'asile définitif. Jean Turpin, Nouveaux Aspects Juridiques de l'Asile politique*, Paris: Librairie Orientale et Américaine, G.-P. Maisonneuve, 1937, pàg. 50.

⁴ Franck Moderne, *Le droit constitutionnel d'asile dans les états de l'Union européenne*, op. cit., pàg. 15.

satisfets (Capítol XI). Després s'establiran els drets de procediment dels demandants d'asil, és a dir, quines són les garanties que regeixen els procediments i les decisions que afecten els demandants d'asil (Capítol XII). Més tard, s'analitzarà la projecció sobre l'estatut dels demandants d'asil d'alguns dels drets humans analitzats tradicionalment com de caràcter civil i polític, que tenen una incidència pràctica important en la configuració de l'estatut dels demandants d'asil: el dret a la llibertat personal (Capítols XIII i XIV). I finalment s'estudiaran els drets a la dignitat i a no patir tractaments inhumans o degradants, i de gaudir de la vida familiar, que els emparen en cas d'allunyament (Capítol XV).

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

470. El dret d'asil, com s'ha vist a la primer part d'aquest treball és una institució jurídica de tipus *funcional*; amb ell no s'assoleix una llibertat o un bé jurídic o material directament, però, en la mesura que suposa un asil provisional a partir del moment que la persona està sota la jurisdicció d'un estat estranger, pot ser el pressupòsit necessari del gaudi de qualsevol altre dret o llibertat. El dret d'asil és, en aquest sentit, un instrument jurídic del que depèn l'exercici de drets substantius, i al qual estan aparellades garanties de procediment jurídic.

En l'estatut jurídic dels demandants d'asil es projecta fortament una concepció dels drets humans com a drets de ciutadania, com a drets inherents al fet de pertànyer a una comunitat. Els demandants d'asil, com a no nacionals, són percebuts com a persones externes a la comunitat, i se'ls refusa l'accés als drets atorgats a qui es reconeix com a membre⁵. Aquesta tendència a la percepció dels demandants d'asil com a estrangers aliens als beneficis de la comunitat s'ha anat enfortint en els darrers anys a la Unió Europea, i també en altres entorns desenvolupats, com als EEUU d'Amèrica i a Austràlia, amb polítiques restrictives de la immigració que no distingeixen entre migracions forçoses i voluntàries o que discriminen entre refugiats únicament per la forma com han arribat al país, i que apliquen el sedàs que imposa d'un temps ençà la perspectiva de la seguretat.

Els demandant d'asil, malgrat això, gaudeixen d'un estàndard mínim de tractament que s'inspira en la protecció internacional dels drets humans (A). En el context europeu, d'altra banda, l'objectiu d'endegar una política comuna d'asil a la Unió Europea ha conduït a l'establiment de normes que estableixen estàndards mínims de drets substantius (B), i de garanties procedimentals que els demandants d'asil tenen en els estats membres (Capítol XII), els quals, sovint, no s'ajusten als estàndards internacionals i europeus preexistents.

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

471. EL CONCEPTE D'ESTÀNDARD MÍNIM INTERNACIONAL. La idea sobre que existeix un *estàndard mínim internacional* en funció del qual els estats han de respectar un conjunt de drets en relació a les persones estrangeres es va desenvolupar durant el segle XIX i els

⁵ Guy S. Goodwin-Gill, "International Law and Human Rights: Trends Concerning International Migrants and Refugees", *IMR*, vol. XXIII, núm. 3, 1989, pàg. 526.

primers anys del segle XX. D'acord amb aquesta idea, el dret internacional general establiria l'obligació dels estats de respectar un nivell mínim de tractament respecte dels estrangers, i la seva violació donaria lloc a responsabilitat internacional, independentment de la possibilitat que els estats tenen d'establir nivells de protecció més favorables⁶. D'entre els drets que d'acord amb l'estàndard mínim tenen els estrangers respecte dels estats on es troben, hi hauria el dret d'accés a procediments jurídics imparcials, el dret a un tractament adequat mentre s'està en situació de detenció, la protecció contra l'expulsió abusiva del país, i el dret al gaudi de drets de propietat, excepte quan hi ha expropiacions d'utilitat pública amb compensacions justes⁷.

En la segona meitat del segle XX, dos fenòmens van contribuir a la pèrdua d'importància de l'estàndard mínim: per un costat, l'ampliació de la societat internacional, amb nous estats en vies de desenvolupament que veien l'acceptació de l'*estàndard mínim* com una construcció imperialista que els posava en situació de desavantatge per a la gestió dels seus béns naturals; i, per l'altre, el desenvolupament del Dret dels drets humans, que anava més enllà de l'alternativa tradicional de l'estàndard mínim, la igualtat de tracte dels estrangers i els nacionals, perquè suposava la defensa d'uns drets universals individuals per a tothom⁸ oposables a tots els estats, fins i tot a l'estat de la nacionalitat. Per a Richard B. Lillich, per exemple, es va començar a desenvolupar una *síntesi entre les normes internacionals en matèria de drets humans i les normes relatives al tractament dels estrangers*⁹.

L'estàndard mínim no ha estat mai refusat expressament com a un instrument vàlid en determinades circumstàncies i, tampoc, com apunta Detlev F. Vagts, els estats apliquen la que era la seva alternativa, el principi d'igualtat de tracte en la majoria d'àmbits de la vida pública sigui de caràcter civil, polític, econòmic o social¹⁰. L'estàndard mínim ja no pot entendre's com una qüestió de privilegis extraterritorials per a estrangers, sinó de compliment dels drets humans configurats per les normes consuetudinàries i convencionals que obliguen els estats, independentment dels drets propis o reconeguts als nacionals per la seva normativa interna. La pèrdua de protagonisme de l'estàndard mínim és un fenomen, d'altra banda, molt lligat a la transformació de la protecció diplomàtica i consular a la que s'ha fet referència en el capítol III, quan s'ha tractat la qüestió de l'impacte dels drets humans en la configuració del concepte de refugiat. El concepte de refugiat així com

⁶ Adolfo Miaja de la Muela, *Derecho Internacional Privado*, tom 2, *Parte especial*, 10ª ed., Madrid: Ediciones Atlas, 1987, pàgs. 167-170.

⁷ Detlev F. Vagts, "Minimum Standard", Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam: Elsevier Science Publishers, 1985, pàg. 383.

⁸ Per una anàlisi del contingut d'aquest *mínim irreductible*, per exemple, Mohamed El Kouhene, *Les garanties fondamentales de la personne en droit humanitaire et droits de l'homme*, Dordrecht, Boston, Lancaster: Martinus Nijhoff Publishers, 1986, pàgs. 109-145.

⁹ Richard B. Lillich, "Duties of States Regarding the Civil Rights of Aliens", *R. des C.*, tom 161, 1978-III, pàg. 408.

¹⁰ Detlev F. Vagts, "Minimum Standard", *loc. cit.*, pàg. 384.

l'estatut dels demandants d'asil, per tant, en l'actualitat, depenen del grau d'evolució i de consolidació de l'ordre públic internacional de drets humans.

L'estàndard mínim conserva el seu caràcter distint del principi d'igualtat, però amb una fonamentació diferent, que ha transcendit el model interestatal i es projecta envers una comunitat de drets i principis relatius a les persones, que són oposables als estats.

Així, hi ha drets humans inalienables que pertanyen a les persones pel fet de ser humans però que no formen un bloc unitari, sinó que, més enllà d'un nucli bàsic, la seva determinació depèn de la situació particular de cadascú: del fet de pertànyer a una determinada comunitat política pel que fa a l'exercici de drets polítics; del fet de trobar-se en una situació o en una altre, que suposa una especial vulnerabilitat, com el fet de ser nen, víctima de conflictes armats, apàtrida, dona, indígena, negre o blanc (depenent del context polític i social), o estranger.

472. El desenvolupament de la protecció internacional dels drets humans ha sostret, només en part, la qüestió del tractament dels individus de l'àmbit de discreció sobirana estatal, del *reserved domain* de la jurisdicció interna dels estats¹¹, i ha configurat el respecte de la dignitat humana en una obligació *erga omnes*¹², malgrat que, com ha posat en relleu la doctrina, sovint no sembla que els estats percebin les violacions de drets humans d'altres estats com afectant els seus propis interessos¹³. Des d'aquest punt de vista, la Declaració Universal, els Pactes Internacionals de drets humans i la Carta de les Nacions Unides, tal com exposa Robert Yewdall Jennings, *no només afirmen l'existència d'estàndards internacionals per al tractament dels individus en general sinó que configuren el significat d'aquests estàndards en situacions particulars*¹⁴. El Dret dels drets humans té un *impacte inevitable*¹⁵ en el Dret de la responsabilitat dels estats que fa que aquests siguin responsables per les violacions dels drets humans que configuren l'estàndard internacional respecte dels seus propis nacionals i dels estrangers.

En tant que estrangers per definició, els refugiats i demandants d'asil gaudeixen en els estats sota la jurisdicció dels quals es troben dels drets que en cada moment històric

¹¹ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 4^a ed., Oxford: Clarendon Press, 1990, pàgs. 553-554; Ingrid Detter De Lupis, *International law and the Independent State*, Hants (UK): Gower Publishing Company, 1987, pàgs. ix-x i 125-127.

¹² Així s'afirma a la Resolució de l'Institut de Dret Internacional, *La protection des droits de l'homme et le principe de non-intervention dans les affaires intérieures des états*, adoptada a la sessió de Santiago de Compostela de 1989. *Résolutions adoptées par l'Institut à la session de Saint-Jacques de Compostelle, 5-13 setembre de 1989*, Institut de Droit International, *Annuaire*, vol. 63, tom II, Session de Saint-Jacques de Compostelle 1989, article 1, pàg. 340.

¹³ Manca un veritable interès dels estats en actualitzar els drets humans en altres estats, i quan es produeix un canvi aquest resulta més de les forces polítiques internes de cada un dels estats considerats. Arthur Mark Weisburd, "Implications of International Relations Theory for the International law of Human Rights", *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 38, núm. 1, 1999, pàgs. 45-112.

¹⁴ Robert Yewdall Jennings, "General Course on Principles of International Law", *R. des C.*, vol. 121, 1967-II, pàg. 488.

¹⁵ *Ibidem*, pàg. 488.

configuren l'anomenat *standard minimum* de tractament dels estrangers. La determinació d'aquest *estàndard* del dret internacional depèn de les concepcions vigents i pot ser provat per disposicions de convenis internacionals multilaterals d'interès general¹⁶. Com a presumptes refugiats o mereixedors de protecció en virtut de la protecció dels drets humans bàsics, els demandants d'asil, a més, tindran els drets que el dret convencional o consuetudinari reconegui, com el principi de *non-refoulement* estudiat al Capítol VII, o com els drets i les garanties que els estats els atorguin a través de les seves normes (que a la Unió Europea estant sent objecte d'harmonització parcial).

Com que el tractament mínim dels estrangers està determinat en gran part per la protecció internacional dels drets humans, els demandants d'asil i els refugiats *estan investits de tots els drets i llibertats fonamentals clarament establerts en els instruments internacionals de drets humans*¹⁷. Són, per tant, directament aplicables a refugiats i demandants d'asil, entre d'altres, el dret a la vida, la protecció contra la tortura i els tractaments inhumans o degradants, el dret a la nacionalitat, el dret a la llibertat de moviments, el dret de sortir de qualsevol país, fins i tot del propi, així com el dret de no ser-hi forçosament retornat¹⁸.

Alguns estats tendeixen a negar el benefici de determinats drets humans als demandants d'asil partint de la concepció que la majoria d'aquests no són veritables refugiats sinó immigrants econòmics. També, a la pràctica, alguns s'escuden en que no existeix una decisió final respecte de la situació de les persones que sol·liciten asil o el reconeixement de l'estatut de refugiat, per intentar evitar el respecte de drets com el dret a la llibertat o a la seguretat¹⁹. Des de la perspectiva dels drets humans, no obstant, aquestes distincions no es justifiquen. Els drets humans aplicables als demandants d'asil i refugiats no els pertanyen per la seva condició específica en relació a la resta d'estrangers, sinó que els són aplicables en tant que persones. Així, *independentment de si una persona és un refugiat o un immigrant econòmic, un ciutadà o un no ciutadà, si ell o ella defuig persecució, conflictes armats, amenaces a la seva vida o la més gran de les misèries, aquesta persona està investida de drets humans mínims i d'estàndards mínims de tractament*²⁰.

La manca de respecte dels drets humans dels refugiats i demandants d'asil per part dels estats incrementa la *vulnerabilitat* d'aquest tipus d'estrangers, doblement vulnerables

¹⁶ Oriol Casanovas i La Rosa, "Unidad y pluralismo en Derecho internacional público", *CEBDI*, vol. II, 1998, pàg. 118. Sobre el *standard minimum*, entre d'altres, Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of persons between States*, Oxford: Clarendon Press, 1978, pàgs. 58-74.

¹⁷ UN High Commissioner for Human Rights, *Fact Sheet No. 20. Human Rights and Refugees*, 1997, pàg. 7.

¹⁸ *Ibidem*, pàg. 4.

¹⁹ Hélène Lambert, *Seeking Asylum. Comparative Law and Practice in Selected European Countries*, Dordrecht, Boston, London: Martinus Nijhoff Publishers, 1995, pàg. 103.

²⁰ *Ibidem*, pàg. 9.

pel fet de ser estrangers i pel fet de ser víctimes de tractaments contraris al dret internacional. La violació d'aquests drets per part dels estats o la inactivitat en relació al seu respecte per part de tercers, és a dir la impunitat de les violacions de drets humans, afebleix substancialment la situació dels demandants d'asil i dels estrangers en general²¹.

1. El contingut de l'estàndard mínim internacional dels demandants d'asil en tant que persones estrangeres, d'acord amb el Dret internacional dels drets humans

473. DRETS DELS DEMANDANTS D'ASIL D'ACORD AMB ELS PRINCIPALS INSTRUMENTS INTERNACIONALS DE DRETS HUMANS. A la Convenció de Ginebra de 1951, a banda dels drets específicament previstos aplicables als refugiats igual que als demandants d'asil, no hi ha disposicions específiques que facin referència al tractament o a l'acollida que han de rebre els demandants d'asil²². Malgrat això, hi ha uns principis i drets reconeguts en els principals instruments de protecció dels drets humans que han de ser respectats o procurats a les persones que adquireixen una dimensió especial en el cas dels demandants d'asil, per la raó que aquests no poden ser allunyats del territori de l'estat estranger on demanen ser protegits, com a mínim, fins que no acabi l'examen de la seva situació particular, de l'admissibilitat de la demanda o de l'admissió en el territori. Aquests drets són inherents a la dignitat de la persona i, per això, en principi, la seva eficàcia no depèn del lloc on es trobin els demandants ni de l'estatut que tinguin en relació al procediment que es segueix respecte de la seva sol·licitud.

D'acord amb la Declaració Universal de drets humans (DUDH), els Pactes de drets civils i polítics (PDCP) i de drets econòmics, socials i culturals (PDESC), la Convenció sobre l'eliminació de totes les formes de discriminació contra les dones (CEDD), i la Convenció sobre les drets del nen (CDN), els demandants d'asil tenen, entre d'altres:

- a. dret a unes condicions de vida decents, cosa que inclou la disponibilitat de queviures, vestit i allotjament adequat (article 11.1 del PDCP);
- b. dret a no patir tortures, tractes inhumans, cruels o degradants (article 7 PDCP);
- c. dret de no ser discriminats per raó de nacionalitat, raça (article 2.2 del PDESC i article 2.1 del PDCP) o per raó de sexe (*idem* i CEDD);

²¹ Pel que fa al concepte de *vulnerabilitat* dels immigrants, CSDH-Grupo de Trabajo Intergubernamental de Expertos en los Derechos Humanos de los Migrantes, 3^{er} període de sessions, Ginebra, 23 a 27 de novembre de 1998, *Documento de trabajo preparado por el Sr. Jorge A. Bustamante, Presidente/Relator del Grupo de trabajo Intergubernamental de Expertos en los Derechos Humanos de los Migrantes*, E/CN.4/AC.46/1998/5, 8 d'octubre de 1998, especialment, § 31-42.

²² Consultations Mondiales sur la Protection Internationale, *Accueil des demandeurs d'asile, y compris les normes de traitement dans le contexte des différents systèmes d'asile*, EC/GC/01/17, 4 de setembre de 2001, § 3.

- d. dret de ser acollits d'acord amb la seva qualitat de menors d'edat, cas que ho siguin (CDN);
- e. dret a un procés judicial just decidit per un tribunal imparcial que judiqui sobre els seus drets (article 10 DUDH);
- f. dret de ser protegits contra detencions arbitràries (article 9 PDCP)

474. LA POSICIÓ DELS ESTRANGERS RESPECTE DEL PACTE INTERNACIONAL DE DRETS CIVILS I POLÍTICS. En el *Comentari general 15 sobre La posició dels estrangers en virtut del Pacte*, el Comitè de drets humans estableix que la regla general és que els drets del Pacte siguin garantits sense discriminació entre ciutadans i estrangers. D'acord amb el comentari, ni el Pacte ni cap altre instrument internacional, com s'ha vist al Capítol VI, no reconeix un dret general d'entrada en els estats per als estrangers. Malgrat això, el Pacte s'aplica respecte de la seva entrada o estada en un país quan són en joc consideracions de no discriminació, prohibició de tractament inhumà o respecte de la vida familiar.

El paràgraf 7 d'aquest *Comentari general* resumeix a grans trets en què consisteix per al Comitè de drets humans actualment l'estàndard mínim de tractament de les persones estrangeres, que es basa en la presumpció d'igualtat de drets amb els ciutadans:

Els estrangers tenen un inherent dret a la vida, protegit pel Dret, i no poden ser arbitràriament privats de la vida. No han de ser sotmesos a tortura o a tractaments o càstigs cruels, inhumans o degradants, ni han de ser sotmesos a esclavitud o servitud. Els estrangers tenen un dret ample a la llibertat i a la seguretat de la persona. Si són legítimament privats de la seva llibertat, han de ser tractats amb humanitat i amb respecte per la dignitat inherent de la seva persona. Els estrangers no poden ser empresonats per mancar amb el compliment d'una obligació contractual. Tenen dret de moure's lliurement i d'escollir lliurement residència; han de ser lliures per marxar del país. Els estrangers han de ser iguals davant de corts i tribunals, i han de disposar d'una audiència imparcial i pública amb un tribunal competent, independent i imparcial establert per llei en la determinació de qualsevol acusació penal o dels seus drets i obligacions en un litigi. Els estrangers no poden ser sotmesos a legislacions penals retroactives, i estan reconeguts davant la llei. No poden ser sotmesos a interferències arbitràries o il·legítimes en la seva privacitat, família, domicili o correspondència. Tenen dret a llibertat de pensament, consciència i religió, i dret d'opinar i d'expressar-se. Els estrangers beneficien del dret de reunir-se pacíficament i llibertat d'associació. Poden casar-se quan tinguin edat per fer-ho. Els seus fills gaudeixen de les mesures de protecció necessàries pel seu estatut de menors. En cas que els estrangers constitueixin una minoria en el sentit de l'article 27, no els pot ser negat el dret de gaudir de la seva pròpia cultura, professar i practicar la seva pròpia religió i utilitzar la seva pròpia llengua, en comunitat, amb els altres membres del seu grup. Els estrangers gaudeixen d'igual protecció davant la llei. No pot haver-hi discriminació entre estrangers i ciutadans en l'aplicació d'aquests drets. Aquests drets dels estrangers poden només ser limitats en virtut de les limitacions que poden ser legítimament imposades segons en Pacte²³.

²³ CtèDH, *General Comment 15. The position of aliens under the Covenant (Twenty-seventh session, 1986) Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights*

475. DRETS QUE, EN PRINCIPI, NO PODEN SER RESTRINGITS O CONDICIONATS. En els convenis internacionals relatius a la protecció dels drets humans es reconeix expressament la possibilitat de reservar el seu gaudi a les persones que es troben legalment en el territori, o de sotmetre alguns d'aquests drets a restriccions previstes per llei sempre que siguin *necessàries en una societat democràtica* per tal de protegir la seguretat nacional, la salut pública, l'ordre públic o els drets i les llibertats dels altres. Determinats drets, no obstant, no poden estar sotmesos a condició ni ser restringits com, per exemple:

1. el dret a la vida i a la seguretat personal. Cap estranger pot ser sotmès a detenció o arrest arbitraris, o privat de la seva llibertat excepte pels motius i segons els procediments previstos per llei;
2. el dret a la protecció contra interferències arbitràries en l'àmbit privat, família, llar o correspondència;
3. el dret a la igualtat davant dels tribunals i, quan sigui necessari, a l'assistència gratuïta d'un intèrpret en determinats procediments;
4. el dret d'escollir espòs, casar-se i fundar una família;
5. el dret a la llibertat de pensament, opinió, consciència i religió;
6. el dret a mantenir la pròpia llengua, cultura i tradicions; i
7. el dret de no ser sotmès a tortura o tractaments o càstigs inhumans o degradants, i de no ser sotmès, sense el seu lliure consentiment, a experiments mèdics o científics²⁴.

Alguns estats incorporen l'obligació de respectar els drets humans en la persona dels estrangers en les seves normatives internes. A Itàlia, per exemple, s'estableix aquesta obligació a l'article 2.1 de la Llei de 6 de març de 1998, n. 40, *Disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*, que no deixa cap mena de dubtes sobre l'abast d'aplicació de la norma,

A l'estranger en qualsevol forma present a la frontera o en el territori de l'estat, li són reconeguts els drets fonamentals de la persona humana previstos en les normes de dret intern, en les convencions internacionals en vigor i en els principis de dret internacional generalment reconeguts²⁵.

En el cas d'Espanya, això va ser reconegut a la sentència del Tribunal Constitucional de 27 de febrer de 2002, on s'establí que

Durant el temps que el sol·licitant d'asil roman en «dependències adequades» del lloc fronterer regeixen, pro principio, els drets fonamentals los derivats de la dignitat de la persona que la Constitució reconeix a totes les persones sotmeses

Treaty Bodies, HRI\GEN\1\Rev. 1 at 18, 1986 (1994), § 7.

²⁴ AGNU, *Declaration on the Human Rights of Individuals Who are not Nationals of the Country in which They Live*, Resolució 40/144 de 13 de desembre de 1985, articles 5-6.

²⁵ *Legge 6 marzo 1998, n° 40, Disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, Gazzetta Ufficiale n° 59 de 12 de març de 1998, Supplemento Ordinario n° 40, article 2§1.*

*als actes dels poders públics espanyols*²⁶.

2. Drets dels demandants d'asil, d'acord amb la Convenció de Ginebra de 1951

476. EL *NON-REFOULEMENT* O EL DRET A LA INTEGRITAT PERSONAL EN CONDICIONS DE DIGNITAT. Alguns dels drets que formen part de l'estàndard mínim de tractament dels estrangers adquireixen un sentit específic quan es projecten sobre l'estatut dels refugiats i demandants d'asil. La Convenció de Ginebra de 1951 i el Protocol de Nova York de 1967 estableixen normes mínimes de tractament dels refugiats, entre les quals, el *non refoulement* és el dispositiu del tractament més bàsic d'aquestes persones. El *non-refoulement*, com s'ha vist en Capítols anteriors, és un principi del qual no només se'n beneficien els refugiats a qui ja s'ha reconegut l'estatut, sinó també els demandants d'asil. El *non refoulement* és l'instrument que serveix l'acompliment del *dret a la integritat física* dels demandants d'asil, el qual, com a tal dret, ha estat reconegut en els instruments de protecció de drets humans més importants. Per a l'ACNUR, aquest dret és *l'essència mateixa de la protecció dels refugiats*²⁷.

La Convenció de Ginebra sobre l'estatut dels refugiats de 1951 conté, d'altra banda, drets que responen a la idea d'un tractament humà que, previstos per als refugiats, s'apliquen també als demandants d'asil. Aquests drets són: el dret de practicar la pròpia religió sense discriminació respecte dels nacionals (article 4); el dret de gaudir dels drets que els estats prevegin al marge de la Convenció (article 5); el dret que no se'ls apliquin les clàusules de reciprocitat que sovint es preveuen en les legislacions nacionals per al gaudi de drets per part de persones estrangeres (article 7); el dret que no els siguin aplicades mesures excepcionals només perquè tenen la nacionalitat d'un estat en concret (article 8); el dret al respecte de l'estatut personal (article 12); el dret d'accedir als tribunals (article 16); el dret a l'ensenyament (article 22); el dret de no ser sancionats per haver entrat o estar il·legalment en el territori (article 31); i el dret de no ser discriminats (article 2)²⁸.

El principi de *no discriminació* és considerat en la Convenció de Ginebra de 1951 un dels principis fonamentals en matèria de protecció internacional dels refugiats, ja que l'article 3 de la Convenció on s'enuncia és una de les disposicions que els estats no poden suspendre. Els demandants d'asil i els refugiats són objecte de discriminació en alguns països, que pot consistir en la denegació d'asil basada en la nacionalitat del sol·licitant, o en

²⁶ Tribunal Constitucional (E), sentència de 27 de febrer de 2002, núm. 53/2002, *Aranzadi Westlaw* RTC 2002\53, § 4b).

²⁷ ExCOM ACNUR, 49^e període de sessions, *Nota sobre protecció internacional*, 3 de juliol de 1998, A/AC.96/898, pàg. 6-7, § 19-23.

²⁸ Consultations Mondiales sur la Protection Internationale, *Accueil des demandeurs d'asile, y compris les normes de traitement dans le contexte des différents systèmes d'asile*, EC/GC/01/17, 4 de setembre de 2001, § 3 npp 4.

diferències de tractament motivades per qüestions ètniques o religioses. L'ACNUR ha posat en relleu com, en el cas dels refugiats i els demandants d'asil es produeixen sovint violacions d'aquests drets, havent-ne estat un dels casos més flagrants de la història recent els esdeveniments de la regió dels Grans Llacs d'Àfrica durant 1998²⁹.

3. Bones pràctiques d'acollida segons l'ACNUR

477. D'acord amb el Comitè executiu de l'ACNUR, *uns preparatius de recepció adequats són essencials per a la correcta implementació per part dels estats de la Convenció de Ginebra de 1951*³⁰.

Diversos documents de l'ACNUR exposen els elements bàsics de l'acollida dels demandants d'asil en els estats: les conclusions 88(L)³¹, 91 (LII)³² i 93 (LIII)³³ del Comitè executiu; algunes *Notes de protecció internacional*³⁴; les observacions a la proposta de la Comissió europea sobre normes mínimes relatives a l'acollida dels demandants d'asil en els estats membres de la Unió Europea³⁵; i documents discutits a les *Consultations Mondiales sur la protection internationale*³⁶. En el darrer es conté un catàleg de bones pràctiques recomanades per a l'acollida dels demandants d'asil en els diferents sistemes d'asil.

L'ACNUR, tot i reconeixent la problemàtica que per als estats representa establir un *equilibri entre l'acollida de les persones de forma segura i digna i la dissuasió de l'abús de les possibilitats d'acollida per part dels que no tenen necessitat de protecció internacional i cerquen bandejar les restriccions en matèria d'immigració*³⁷, considera que hi ha uns requisits bàsics que una política d'acollida justa i efectiva hauria de

²⁹ ExCOM ACNUR, 49^e període de sessions, *Nota sobre protecció internacional*, 3 de juliol de 1998, A/AC.96/898, § 23-34.

³⁰ ExCOM ACNUR, 56^a període de sessions, *Nota sobre protecció internacional*, 4 de juliol de 2005, A/AC.96/1008, §15.

³¹ ExCOM ACNUR, Conclusió N° 88 (L) *sobre la protecció de las familias de los refugiados*, 8 d'octubre de 1999.

³² ExCOM ACNUR, Conclusió N° 91 (LII) *sobre el registro de refugiados y solicitantes de asilo*, 5 d'octubre de 2001.

³³ ExCOM ACNUR, Conclusió N° 93 (LII) *sobre la recepción de los solicitantes de asilo en el contexto de los diferentes sistemas de asilo*, 8 d'octubre de 2002.

³⁴ ExCOM ACNUR, 52^a període de sessions, *Nota sobre protecció internacional*, A/AC.96/951, 13 de setembre de 2001, § 33-80.

³⁵ ACNUR, *Observaciones del ACNUR sobre La propuesta de la Comisión Europea de una Directiva del Consejo por la que se establecen normas mínimas para la acogida de solicitantes de asilo en los Estados miembros (COM (2001) 181 final)*, juliol de 2001.

³⁶ *Consultations Mondiales sur la Protection Internationale, Accueil des demandeurs d'asile, y compris les normes de traitement dans le contexte des différents systèmes d'asile*, loc. cit.

³⁷ *Ibidem*, §8.

seguir. Per a l'ACNUR, aquests requisits són que:

- a. l'objectiu general de la política d'acollida hauria de ser un tracte humà que respecti els drets i que assegurí que la vida del sol·licitant d'asil sigui viable i digna en totes circumstàncies;
- b. cal que hi hagi un ambient polític i una opinió pública receptius per a un funcionament efectiu d'una política d'acollida justa i eficaç;
- c. la política d'acollida hauria d'organitzar-se en funció de la durada dels procediments d'asil: si es perllonguen excessivament, s'haurien d'oferir més beneficis socials i econòmics;
- d. la política d'acollida no hauria de valorar-se únicament en les necessitats materials immediates, sinó que hauria de projectar-se cap al futur, tant en cas d'integració, com en cas d'allunyament i reamentament;
- e. una política d'acollida justa i eficient hauria de basar-se en la idea que els sol·licitants d'asil són capaços d'assumir la responsabilitat dels seus propis assumptes i de contribuir al cost econòmic de la seva acollida, sempre que se'ls facilitin les eines necessàries de l'idioma, capacitació i oportunitats d'ocupació;
- f. cal que hi hagi un equilibri entre els drets i beneficis concedits als sol·licitants d'asil i les obligacions i contribucions que s'espera d'ells³⁸.

Els elements principals que configuren l'acollida dels demandants d'asil individuals en un estat són: en primer lloc, la proporció dels béns bàsics de subsistència, que també s'anomenen *condicions materials d'acollida* (essencialment, allotjament, alimentació i vestit); en segon lloc, la informació i la documentació bàsiques; en tercer lloc, l'atenció mèdica; en quart lloc, l'accés a l'ensenyament, sobretot en el cas dels menors d'edat; i, en cinquè lloc, l'accés a una ocupació remunerada. Dos principis fonamentals, a més, regeixen aquesta acollida, el principi de la llibertat de circulació; i el principi de la unitat de la família³⁹. D'acord amb l'ACNUR, caldria que els estats adoptessin les mesures apropiades per mantenir la unitat de la família, fins i tot endegant activitats de recerca dins del país i tractant les demandes d'asil ràpidament per afavorir la reunificació familiar el més aviat possible⁴⁰. Finalment, algunes situacions particulars dels demandants d'asil es considera que han de ser tingudes en compte per

³⁸ ACNUR, *Observaciones del ACNUR sobre La propuesta de la Comisión Europea de una Directiva del Consejo por la que se establecen normas mínimas para la acogida de solicitantes de asilo en los Estados miembros (COM (2001) 181 final)*, loc. cit., § 4, i ExCOM ACNUR, Conclusió N° 93 (LII) sobre la recepció de los solicitantes de asilo en el contexto de los diferentes sistemas de asilo, 8 d'octubre de 2002.

³⁹ Pel que fa a aquest darrer, ExCOM ACNUR, Conclusió N° 88 (L) sobre la protecció de las familias de los refugiados, 8 d'octubre de 1999.

⁴⁰ Consultations Mondiales sur la Protection Internationale, *Accueil des demandeurs d'asile, y compris les normes de traitement dans le contexte des différents systèmes d'asile*, loc. cit., § f de l'annex "Suggestions concernant les mesures recommandées pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les différents systèmes d'asile".

adequar l'acollida a les necessitats específiques, com en el cas de les persones especialment vulnerables en raó del seu sexe, del fet de ser dones solteres en determinats contextos, de l'edat (menors d'edat sols o persones d'edat avançada), del fet d'estar esperant un fill, o pel fet de ser persones que han estat víctimes de violència sexual, física, etc.

També la Comissió de drets humans, en una resolució de 2001 va demanar que els estats tinguessin en compte els *drets de les famílies mentre són en trànsit, fins i tot en ports i aeroports i a les fronteres i als llocs de control fronterer*⁴¹.

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

478. L'HARMONITZACIÓ DE LES GARANTIES JURÍDIQUES I DE LES CONDICIONS MATERIALS D'ACOLLIDA DELS DEMANDANTS D'ASIL A LA UNIÓ EUROPEA. Les condicions en què són acollits els demandants d'asil a la Unió Europea, és a dir, el conjunt de mesures que s'apliquen als demandants d'asil que configuren la seva situació jurídica i material, varien considerablement d'uns estats a uns altres. Diversos estudis, encomanats per la Comissió o fets des d'organitzacions no governamentals, com l'ECRE, han demostrat com de diferents són tant les condicions materials en què són acollits els demandants d'asil en els diferents estats europeus, com també la seva situació jurídica.

El temor que la protecció divergent dels demandants d'asil tingui com a conseqüència que uns estats es converteixin en destí preferent dels demandants d'asil o que es produeixin fluxos secundaris no admesos entre els estats membres⁴², així com la necessitat d'aturar la *race to the bottom* dels estats en la devaluació de les garanties per evitar convertir-se en estats atractius per als demandants d'asil, ha fet que a la Unió Europea s'hagin adoptat dues directives en el marc de la realització d'una política comuna d'asil: una sobre *normes mínimes* sobre les condicions d'acollida dels demandants d'asil, i l'altra sobre *normes mínimes* relatives als procediments per concedir o retirar l'estatut de refugiat. Aquesta harmonització s'entenia que era el *prerequisit* necessari per a l'assoliment d'un *estatut jurídic uniforme dels demandants d'asil* a la Unió Europea i, a la llarga, *per a una política comuna europea d'asil*⁴³ però, tant l'un com l'altre objectiu són lluny encara de ser atansats.

Els *mínims* comunitaris europeus pel que fa a les condicions materials d'acollida

⁴¹ Comissió de Drets Humans, Resolució 2001/56 *Protection of migrant and their families*, de 24 d'abril de 2001, UN Doc. E/CN.4/RES/2001/56, §5, *IJRL*, vol. 13, núm. 3, 2001, pàg. 481.

⁴² Des del primer estat al qual s'ha arribat que, bé ja atorga protecció, o bé està examinant la demanda d'asil, cap un altre estat on les condicions d'acollida són més generoses.

⁴³ Kay Hailbronner, "The Right to Asylum and the Future of Asylum Procedures in the European Community", *IJRL*, vol. 2, núm. 3, 1990, pàg. 360.

(2), com es veurà, no resolen el problema de les profundes diferències entre els estats pel que fa a les condicions materials en què els demandants d'asil són acollits en el seu territori (1). Hi ha, però, un llindar mínim en matèria de condicions de vida, tant en situació de detenció com de llibertat, més enllà del qual els demandants d'asil poden ser víctimes de tractaments inhumans o degradants d'acord amb els estàndards internacionals i el Conveni europeu de drets humans (3).

1. Les condicions d'acollida dels demandants d'asil en els estats membres: trets principals i balanç de conjunt⁴⁴

479. LES CONDICIONS D'ACOLLIDA COM A INSTRUMENT DE DISSUASIÓ. Les condicions materials en què els demandants d'asil són acollits varien considerablement entre els estats membres de la Unió Europea, com s'ha assenyalat anteriorment. En uns estats l'acollida pròpiament dita només es fa un cop els demandants d'asil són admesos a entrar en el territori o la seva demanda ha estat considerada formalment admissible i, en d'altres, comença quan el demandant arriba al país i presenta la petició de protecció. També, en els estats membres que ofereixen alguna forma d'acollida o que reconeixen certs drets als demandants d'asil des de que presenten la sol·licitud, aquesta acollida acostuma a ser diferent quan es dispensa en zona internacional, a les fronteres dels estats, i quan es dispensa en centres de retenció⁴⁵.

D'altra banda, en general, les condicions materials de l'acollida són diverses en relació als elements principals d'aquesta: en el cas dels béns bàsics per a una supervivència física digna (és a dir, allotjament, vestit i aliment), però també en relació amb l'ensenyament, l'atenció mèdica, la possibilitat de treballar, o les restriccions a la llibertat de circulació. Per les implicacions del dret a la llibertat, la qüestió de la detenció dels demandants d'asil es tractarà separatament, en els Capítols XIII i XIV.

Diversos factors determinen, d'acord amb un estudi patrocinat per la Comissió de novembre de 2000, aproximacions diferents dels sistemes d'asil dels estats membres a

⁴⁴ Vid. *Infra* quadre *Drets socials. Condicions d'acollida*, al final del Capítol.

⁴⁵ Per exemple, a França, l'article L. 221-4 del *Codi d'entrada i estada d'estrangers i del dret d'asil; Ordonnance n° 2004-1248 du 24 de novembre 2004 relative à la partie législative du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*, JORF de 25 de novembre de 2004, Text 12/119, estableix que l'estranger mantingut en zona d'espera serà informat, en una llengua que compregui, el més aviat possible, de que pot demanar l'assistència d'un intèrpret i d'un metge, comunicar-se amb un conseller o als qualsevol persona que triï i marxar en qualsevol moment de la zona d'espera cap a qualsevol destí situat fora de França. En canvi, en el cas de les persones retingudes en centres de retenció administrativa, aquests i d'altres drets, així com les condicions materials de detenció es desenvolupen de forma més acurada i protectora en els articles 1-17 del *Décret n° 2005-617 du 30 mai 2005 relatif à la rétention administrative et aux zones d'attente pris en application des articles L.111-9, L.551-2, L.553-6 et L.821-5 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*, JORF de 31 de maig de 2005, Text 8/224. En aquest decret, únicament s'estableix un règim igual per a uns i altres pel que fa al dret de ser assistits per un intèrpret (article 18).

l'estatut dels demandants d'asil: per exemple, la pròpia història o tradicions, la situació geogràfica, l'organització general del sistema jurídic i dels drets individuals, i el paper de l'estat en relació a la societat civil⁴⁶.

També els canvis normatius derivats de la percepció que el nombre de demandes d'asil augmentava per causa d'abusos i per l'existència de factors d'atracció derivats dels sistemes d'asil i de les condicions d'acollida han influït en la devaluació progressiva de l'estatut dels demandants d'asil en els estats membres. La introducció de procediments d'admissibilitat i fronterers d'admissió en el territori han estat sovint vinculats a l'ajornament de l'acollida, i al refús de beneficis socials en cas de demandes inadmissibles, de demandes presentades fora de termini, sense diligència, o de manca de cooperació suficient d'acord amb les autoritats de l'estat.

L'acollida que els estats dispensen als demandants d'asil depèn molt de la cultura jurídica, de la sensibilitat social i de la història de cada país, cosa que fa que els punts de partida dels estats europeus hagin estat molt diferents; però és un tret comú als estats europeus que, en major o menor mesura, tots han anat devaluant progressivament aquesta acollida per evitar ser més atractius per als demandants d'asil i per tal de dissuadir-los de provar de ser acollits en el país⁴⁷.

En aquest sentit, per exemple, en un informe de la Comissió de finances i economia de l'Assemblea Nacional francesa de juliol de 2005, on s'analitzaven els costos de les demandes d'asil⁴⁸, es plantejava la necessitat de contrarestar els factors que

⁴⁶ *Study on the legal framework and administrative practices in the Member States of the European Communities regarding reception conditions for persons seeking international protection* (fet per PLS Ramboll Management, per compte de la Comissió Europea), Comissió Europea, novembre de 2000, pàg.30/141.

⁴⁷ Els estats tampoc han estat sempre suficientment diligents per acurar adequadament la despesa de l'acollida provisional dels demandants d'asil i els refugiats, com va denunciar la *Cour des Comptes* francesa l'any 2000, on es posava de manifest que quan aquesta acollida durava anys i es proporcionava en hotels i no en habitatges oficials protegits, el cost de la provisionalitat era molt superior a una acollida duradora; Christine Garin, "Pour les familles expulsées du quai de la Gare ou de Vincennes, un provisoire durable est prohibitif", *Le Monde*, divendres 21 de gener de 2000, pàg. 7.

⁴⁸ A França es calcula que la despesa que representa la instrucció de les demandes d'asil s'ha doblat des de 2001 fins a 2005. La despesa real de l'*Office Français de Protection des Réfugiés et Apatrides* (OFPRA) de 2004 va ser de 38,6 milions d'€ i la prevista per a 2005 era de 46,3 milions d'€. La despesa conjunta prevista per a 2005 de l'OFPRA i de la *Commission des Recours des Réfugiés* (CRR) era de 53,9 milions d'€. El cost de la tramitació de cada demanda d'asil l'any 2004 va ser de 700€ (231€/demanda + 449€/recurs). El cost de l'assistència jurídica va ser de 350.000€ l'any 2004, uns 169,20€/dossier, i això, tenint en compte que es refusen més de la meitat de les demandes ja que a França cal haver entrat legalment en el territori per poder-ne beneficiar. La despesa de 1999 en l'acollida dels demandants d'asil a França va ser d'uns 173,5 milions d'€, i el 2005 es calcula que s'hi destinaran uns 364,01 milions d'€.

<i>Despeses en favor dels demandants d'asil i refugiats en milions d'€</i>	<i>Execució 2004</i>	<i>Crèdits 2005</i>
1/ Allotjament		
Dispositiu nacional d'acollida (CADA, CPH, centres de trànsit)	133,97	154,31
Allotjament d'urgència	143,77	28,00
2/ Ajuts a les associacions	2,21	1,62

feien França més *atractiva*, suposadament, que el Regne Unit, Itàlia o Alemanya, com a país per demanar asil (geogràficament està al centre d'Europa, del món mediterrani i d'Àfrica, té una companyia aèria nacional amb una xarxa mundial, i té la imatge de ser la pàtria dels drets humans). En l'informe es posava en relleu com, en comparació amb altres països (Àustria, Bèlgica, el Regne Unit o els Països Baixos) el cost de la tramitació de cada demanda d'asil és menor a França, ja que no es disposa d'un sistema com el britànic, amb un procediment ultraràpid que té un cost financer i personal molt alt, però, a la llarga, com que es reben més demandes d'asil, la despesa total és més alta. El fet que en aquests altres països, a més d'una oportunitat menor de quedar-se durant força temps en el país mentre es tramita la demanda, existeixin mesures que configuren un seguiment molt més precís dels demandants (residència obligatòria, obligació de presentar-se periòdicament en els serveis corresponents, prestacions socials sotmeses a condicions, fins i tot reembors) és considerat com que contribueix a fer-los menys atractius per als immigrants econòmics. A França, un factor que es creu que és un factor d'atracció de l'arribada de demandants d'asil és el fet que es dona llibertat de residència en tot el territori. L'assignació de residència, com passa a Alemanya, es té per desincentivadora de l'arribada d'immigrants econòmics que demanen asil, perquè els impedeix establir-se en les zones del país econòmicament més dinàmiques on suposadament seria possible trobar amb més facilitat una ocupació⁴⁹. Arran d'aquestes constatacions, a França, a partir de 2006, la recepció de beneficis socials s'ha condicionat a l'acceptació de l'allotjament que proposi l'administració, i es preveu arribar a l'objectiu de fer obligatòria la consignació en un allotjament concret en un punt de territori⁵⁰.

3/ Ajuts financers		
Ajuts diversos (havent estat suprimit els subsidis d'espera 01/01/04)	1,48	1,48
4/ Plataformes d'acollida, d'orientació et domiciliació	3,53	5,27
5/ Formació (només per als refugiats reconeguts) Formació en els CPH i finalització de les accions 2003/2004 per als no allotjats en CPH	3,35	-
6/ Pressupost del Service Social d'Aide aux Émigrants [SSAE] (La part respectiva dels demandants d'asil i dels refugiats no pot ser identificada)	16,40	16,40
7/ Subsidis d'inserció (demandants d'asil, refugiats, apàtrides i repatriats, 84 % dels beneficiaris el 2003)	187,60	156,93

Pel que fa als costos dels controls de les fronteres exteriors es calcula que suposen 123,3 milions d'€. Assemblée Nationale (França), Commission des Finances, de l'Économie générale et du plan, *Rapport d'information sur L'évolution des coûts budgétaires des demandes d'asile (hébergement, contentieux, contrôle aux frontières)* [Yves Deniaud, Agustin Bonrepaux, mission d'évaluation et de contrôle; présenté par Marie-Hélène des Esgaulx], N° 2448, 6.7.2005, pàgs. 24-25, 29-30 i 46/165.

⁴⁹ Per això, s'estableix que (i) *est donc logique que notre pays voie converger ces personnes, dissuadées par les conditions d'accueil rigoureuses mises en place par nos voisins. Ibidem*, pàgs. 9 i 27.

⁵⁰ A França la darrera modificació legislativa sobre immigració ha donat un fonament legislatiu a la creació dels Centres d'acollida per als demandants d'asil (CADA) [Article 95 de la *Loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration*, *JORF* de 25 de juliol de 2006, Text 1/91]. En un

480. Els aspectes socials de l'acollida s'han subordinat a les qüestions de procediment i, principalment, a la perspectiva de l'allunyament dels demandants. En aquest sentit, l'allotjament col·lectiu no és forçosament la millor forma d'allotjament però sí la que millor garanteix el control dels demandants (sobretot si s'hi supediten altres beneficis); les prohibicions de treballar no es deriven de la consideració que treballar és dolent per als demandants d'asil, sinó del temor que això faci més difícil la seva expulsió; i l'exclusió dels infants de ser escolaritzats o de ser-ho en les mateixes escoles que els residents únicament respon a la voluntat d'evitar que es produeixi una integració dels demandants i les seves famílies en les comunitats dels estats *d'acollida*⁵¹.

El fet que l'acollida dels demandants d'asil depengui de la seva situació en relació amb el procediment fa que l'acollida precària, de mínims de subsistència o en condicions clarament menys favorables que les dels residents, pugui arribar a prolongar-se durant força temps, sense patir canvis. Com ha expressat Walter Schmid, les solucions que només tenen en compte l'estatut del demandant i no el temps que porta d'estada en el país d'acollida *parteixen de la idea que els demandants d'asil poden ser posats en un refrigerador durant un cert temps, fins que les seves demandes siguin examinades*⁵².

L'estatut dels demandants d'asil, sobretot en els estadis inicials, i en el període que va des de la presentació de la demanda d'asil fins a l'admissió en el territori en el cas de les demandes d'asil presentades a la frontera, és incert i precari. Això contribueix a augmentar l'angoixa de persones que ja es troben sota pressió psicològica perquè han patit situacions de persecució, violació de drets humans o de violència, i perquè experimenten pèrdues, mancances i una sensació profunda d'inseguretat i desorientació. En aquest sentit, com apunta Philip Rudge, la utilització de les condicions d'acollida com a element de les polítiques de dissuasió, enlloc de reduir el nombre de persones que cerquen protecció, *simplement incrementa el nivell de misèria i de perill dels demandants d'asil*⁵³.

Per això, les condicions d'acollida dels demandants d'asil haurien de procurar

Informe d'abril de 2006 s'establia que hi havia 270 CADA en el conjunt del territori amb una capacitat total de 17.500 places; i que el cost de cada plaça era d'uns 25€/dia en els casos normals i de 29€/dia en cas d'urgència. Malgrat això, es calculava que només un 30-40% de demandants d'asil eren allotjats en el règim normal, ja que la manca de regulació havia fet a la pràctica que les places fossin ocupades per altres persones com refugiats reconeguts, o persones a qui s'havia refusat l'asil; Thierry Mariani, *Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi (N° 2986) relatif a l'immigration et à l'intégration*, N° 3058, 26 d'abril de 2006, pàg. 191-193/434.

⁵¹ En aquest sentit, Walter Schmid, "L'accueil des requérants d'asile en Europe", *ASYL*, núm. 2, 1997, pàg. 35.

⁵² *Ibidem*, pàg. 36.

⁵³ Philip Rudge, "Reflections on the Status of Refugees and Asylum Seekers in Europe", Diana Miserez (ed.), *Refugees – The Trauma of Exile. The Humanitarian Role of Red Cross and Red Crescent*, Dordrecht, Boston, Londres: Martinus Nijhoff Publishers, 1988, pàg. 65.

normalitzar al màxim la seva situació mentre s'estiguin en el país, i afavorir el desenvolupament d'una vida el més autònoma i independent possible. Cal evitar potenciar i fer duradora la situació de víctima, fent possible que els demandants d'asil i el refugiats contribueixin amb el seu treball a millorar les seves condicions de vida durant el temps que s'estiguin en el país: *la reciprocitat, aquest equilibri subtil entre drets i deures evita que els demandants d'asil es sentin massa dependents de la societat d'acollida, i que restin massa temps sense perspectives, assistits per un ajut social mínim i encerclats en un rol de víctima*⁵⁴.

Abans que la Comissió europea presentés la seva proposta de directiva sobre normes mínimes relatives a l'acollida dels demandants d'asil en els estats membres de la Unió Europea, es van dur a terme diversos estudis encarregats o finançats per la mateixa Unió Europea, que recollien les principals normatives i pràctiques dels estats en l'acollida de demandants d'asil⁵⁵. Un dels problemes que presenta una anàlisi sumària de les condicions d'acollida en els estats membres de la Unió Europea és la manca de dades harmonitzades en funció de conceptes equiparables en els estats; la dispersió de la normativa; el fet que moltes qüestions, com l'assistència financera, es regulen en normes de rang inferior difícilment accessibles en alguns estats; i, també, la gran variabilitat en el temps d'aquestes condicions d'acollida. En la mesura d'això, en els següents paràgrafs no es pretén fer una anàlisi comparativa exhaustiva de les condicions d'acollida en un moment determinat en els estats membres, sinó plantejar els seus trets principals en alguns dels estats membres de referència a la Unió, i destacar alguns esdeveniments o canvis normatius recents significatius que han marcat les polítiques d'acollida d'alguns dels estats membres. En definitiva, les qüestions que a continuació s'assenyalen són els elements de fet de partida de l'harmonització europea.

481. SOBRE LA RESTRICCIÓ O LA RETIRADA DE L'ASSISTÈNCIA. Una de les qüestions que recentment han estat objecte de debat en alguns estats membres és la que es refereix a la possibilitat de retirar l'assistència als demandants d'asil quan es donen determinades circumstàncies. En principi, l'assistència hauria de dependre de la presència del demandant d'asil en el territori i de que es trobi en una situació de necessitat, però, l'interès dels estats per desincentivar l'accés als seus serveis socials, per limitar al màxim la durada dels beneficis a favor dels demandants d'asil, així com les dificultats que troben per allunyar efectivament els demandants d'asil a qui s'ha refusat la petició d'asil o l'entrada formal en el territori, ha fet que s'hagin buscat formes de restringir o retirar l'accés a les condicions materials d'acollida.

⁵⁴ Walter Schmid, "L'accueil des requérants d'asile en Europe", *loc cit.*, pàg. 37.

⁵⁵ Fabrice Liebaut, Tanja Blichfeldt Johnsen (eds.), *Legal and Social Conditions for Asylum Seekers and Refugees in Western European Countries*, Copenhague: Danish Refugee Council-European Commission, maig de 2000 (325 pàgs.); i *Study on the legal framework and administrative practices in the Member States of the European Communities regarding reception conditions for persons seeking international protection*, *loc. cit.*

Aquest va ser el cas, per exemple, de Bèlgica, que el 1996 va introduir una modificació legislativa que permetia la retirada dels beneficis socials als demandants d'asil respecte de qui s'hagués dictat una ordre d'allunyament del territori. En aquest cas, però, l'any 1998, la *Cour d'Arbitrage* va deixar sense efecte aquesta disposició en establir que els demandants d'asil que haguessin recorregut decisions negatives davant de la *Commission Permanente de recours des réfugiés* (CPRR) podien continuar tenint accés a l'assistència social⁵⁶.

També va ser el cas del Regne Unit on, fins l'any 2000, els demandants d'asil que havien presentat la demanda d'asil a la frontera només podien obtenir una assistència financera fins a un límit màxim menor que els demandants d'asil que presentaven la demanda d'asil dins del territori⁵⁷. Tradicionalment, el Regne Unit ha estat un dels països de destí preferents dels estrangers en general i, també, dels demandants d'asil. D'això n'era un exemple clar la situació en el port de Sangatte, a França, cap on arribaven immigrants vinguts de tot arreu que, després de transitar per estats europeus, provaven d'escapolir-se com fos per arribar al Regne Unit, a través del túnel del canal de la Mànega, o com a polissons en els diversos mitjans de transport que feien ruta cap a les illes. Aquest fet era degut, en primer lloc, a que difícilment serien sotmesos a controls d'identitat de policia un cop dins del territori i, en segon lloc, als beneficis socials i a una política d'acollida, comparativament amb altres estats, força generosa. Amb els anys, hi ha hagut diferents intents de fer minvar el segon factor d'atracció, restringint l'accés a als beneficis o establint la seva retirada quan es donessin determinades circumstàncies.

A la *Nationality, Immigration and Asylum Act 2002*, per exemple, es va introduir una disposició que permetia refusar assistència als demandants d'asil que, segons el Secretary of State, no haguessin presentat la seva petició *tant aviat com raonablement hagués estat possible (as soon as reasonably practicable)* després d'haver arribat al país⁵⁸. Durant l'any 2003, en base a aquesta disposició es va refusar l'assistència a una gran quantitat de demandants d'asil, els quals, d'acord amb la mateixa norma no podien presentar recurs en contra de la decisió adoptada per part de l'autoritat competent que els exclouïa dels beneficis⁵⁹. Aquesta circumstància, així com l'aplicació àmplia de la norma va ser durament criticada al Regne Unit, invocant-se, per exemple, que es podia incórrer en violacions de l'article 3 del Conveni Europeu de drets humans que prohibeix els tractaments inhumans o degradants. Formalment, els tribunals britànics no van considerar incompatible aquesta disposició amb el Conveni europeu de drets humans, incorporat en dret intern, ja que, en principi, l'eventual risc de violació d'aquest

⁵⁶ Fabrice Liebaut, Tanja Blichfeldt Johnsen (eds.), *Legal and Social Conditions for Asylum Seekers and Refugees in Western European Countries*, loc. cit., pàg. 35.

⁵⁷ *Ibidem*, pàgs. 315-316.

⁵⁸ *Nationality, Immigration and Asylum Act 2002 Chapter 41*, § 55.1.

⁵⁹ *Ibidem*, § 55.10.

quedava desactivat per una clàusula que establia que establia que les regles previstes no impediria l'exercici de poder per part del *Secretary of State* en la mesura necessària per tal d'evitar una violació dels drets convencionals d'una persona d'acord (en el sentit de la *Human Rights Act 1998*)⁶⁰.

Davant de l'estat de coses creat, però, més endavant es va introduir la possibilitat de plantejar recurs contra les decisions de refús de l'ajut social per part del *Secretary of State* i, aquest mateix va anunciar el 17 de desembre que valoraria les explicacions creïbles que els demandants d'asil exposessin per no presentar la demanda d'asil immediatament, si ho feien dins dels tres dies següents a l'arribada⁶¹.

Diverses organitzacions d'assistència als demandants d'asil britàniques, entre les quals es troba el *Refugee Council*, han posat de manifest que, malgrat aquesta *bona voluntat* expressada per l'autoritat governativa, les decisions de refús d'assistència continuen sent molt nombroses i es basen sovint en arguments discutibles relatius a la credibilitat de les explicacions dels demandants⁶². Pel que fa a la crítica relativa a la possible violació de l'article 3 del Conveni Europeu, les autoritats judicials han arribat a establir l'existència d'un greuge d'aquest tipus. En un cas de juliol de 2003, per exemple, es va considerar que tractaments inhumans i degradants podien incloure

*passar la nit al ras, demanar menjar o caritat per comprar-ne i la por, la humiliació i el patiment físic i mental que en resulta, particularment quan el demandant d'asil pot ser conduït al crim i la prostitució per sobreviure*⁶³.

Més endavant, la *Asylum and Immigration (Treatment of Claimants, etc.) Act 2004* va introduir una altra disposició que pretén fer pressió sobre els demandants d'asil per a que marxin del país pels seus propis mitjans el més aviat millor després que hagi estat refusada la demanda d'asil, però que planteja problemes fins i tot més greus que els anteriors⁶⁴. En aquesta normativa s'estableix que es poden retirar els beneficis de l'acollida a les persones a qui s'ha refusat la sol·licitud, fins i tot quan tenen família, en base a la idea que si els demandants d'asil no tenen dret d'estar-se en el país, tampoc tenen dret de beneficiar d'assistència. A les disposicions adoptades el 2002, ja s'establia la possibilitat de retirar els beneficis socials a les persones a qui s'havia refusat la protecció sol·licitada, però es deixava fora el cas de les famílies. La normativa de 2004, com apunta Catherine Phuong, força els pares a decidir anar-se'n, esperant que no es posaran a ells mateixos en

⁶⁰ *Ibidem*, § 55.5 (a). Aquesta disposició traça el límit del comportament legislatiu acceptable, d'acord amb Mark Elliot, "Asylum-seekers have human rights, too", *The Cambridge Law Journal*, vol. 62, núm. 3, 2003, pàg. 531.

⁶¹ Sobre aquesta qüestió, informe preparat per les organitzacions Migrant Help Line, Refugee action, Refugee arrivals project, Refugee Council, Scottish refugee Council i Welsh Refugee Council, *The impact of section 55 on the Inter-Agency Partnership and the asylum seekers it supports*, de febrer de 2004, pàgs. 10-32/90.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ *R v. Secretary of State for the Home Department (ex parte S, D i T)*, *ibidem*, pàg. 70.

⁶⁴ *Asylum and Immigration (Treatment of Claimants, etc.) Act 2004 Chapter 19, § 9*.

una situació que obligui a les autoritats a fer-se càrrec dels seus fills⁶⁵. El retorn voluntari, amb aquestes mesures, esdevé un retorn *forçós*, o forçat per les circumstàncies.

482. **ELS BÉNS BÀSICS DE SUBSISTÈNCIA: L'ALLOTJAMENT, L'ALIMENTACIÓ I EL VESTIT.** Fent un repàs dels principals elements de l'acollida en alguns dels estats membres amb més tradició en acollir demandants d'asil a la Unió Europea destaquen les qüestions que tot seguit s'assenyalen.

En tots els estats hi ha un acord generalitzat sobre que hi ha uns drets bàsics de subsistència, allotjament, vestit i alimentació, que han de quedar coberts per les condicions materials d'acollida en cas de necessitat, és a dir, quan els demandants d'asil no tenen mitjans per satisfer-los. Aquesta constatació no duu aparellada la conseqüència que els demandants d'asil siguin tractats de forma similar als nacionals en circumstàncies anàlogues, ni que sempre es proporcionin quan els demandants d'asil es trobin en situació de necessitat, ni que en tots els estats es proporcionin aquests béns de la mateixa manera o amb la mateixa intensitat. Per un costat, en la majoria d'estats, els demandants d'asil no tenen accés o no tenen un accés complet als sistemes socials d'acollida mentre dura l'examen de l'admissibilitat de la demanda d'asil o de l'admissió en el territori; i, per l'altra, la disponibilitat de béns per a una subsistència digna en els estats no és proporcional a les necessitats reals. Sovint, l'accés a un allotjament públic i a una atenció específica, en el cas de persones especialment vulnerables no depèn de la gravetat de la situació en què es troba la persona, o del cas concret, sinó de si en aquell moment o en aquella regió hi ha places disponibles, com en el casos de França, el Regne Unit o Bèlgica. En alguns estats l'allotjament en centres és obligatori o ho és durant un cert temps, i en d'altres hi ha llibertat de circulació i residència. Aquestes qüestions es desenvoluparan en el capítol XIII relatiu al dret a la llibertat personal dels demandants d'asil. D'altra banda, l'allotjament dels demandants d'asil no reuneix sempre les condicions d'habitabilitat (llum, espai, ventilació) adequades, ni d'higiene (nombre suficient de lavabos, dutxes i sanitaris) i salubritat⁶⁶.

El fet que no es disposi d'allotjament públic suficient ha fet que gran part del pes d'acollir els demandants d'asil recaigui en organitzacions no governamentals internes d'assistència als refugiats o en altres, com la Creu Roja. En molts casos, aquestes organitzacions són finançades pels propis estats que prefereixen externalitzar la gestió de l'acollida.

Per cobrir les necessitats relatives al vestit i a l'alimentació, la situació és molt variada en els estats. En molts estats l'alimentació es proporciona en espècie en els centres d'acollida, però no sempre. En alguns casos, també es proporcionen peces de

⁶⁵ Catherine Phuong, "Recent developments in UK asylum and immigration law: the removal of failed asylum seekers and the Asylum and Immigration (Treatment of Claimants, etc.) Act 2004", paper presentat al *IIº Encuentro de Jóvenes Investigadores en Inmigración y Asilo*, celebrat a Barcelona els dies 17-18 de desembre de 2004, pàg. 4/10.

⁶⁶ *Vid. Infra* XI.B.3, §494.

roba, calçat, targes de transport i de telèfon, estris i béns de consum per a la higiene, o vals bescanviables per aquests béns (per exemple, al Regne Unit). En la majoria d'estats, en quantitat diferent en funció de les circumstàncies, els demandants d'asil també poden demandar una prestació de tipus monetari (excepte a Àustria). Aquesta prestació pot anar des de diners de butxaca, si s'està en un centre d'acollida on es proporciona l'alimentació, fins a pensions que cobreixin tant l'allotjament com l'alimentació com la resta de béns per a una subsistència digna. Aquestes prestacions acostumen a estar previstes per a un temps màxim a partir del qual, bé la persona podrà accedir als serveis socials de l'estat en les mateixes condicions que els estrangers o els nacionals, o bé la persona pot començar a treballar, o bé, en el pitjor dels casos, ha de demanar l'ajut d'institucions de caritat o d'organitzacions no governamentals d'assistència.

Alguns estats fan un pagament únic als demandants d'asil la petició dels quals ha estat admesa a tràmit, tot i que la majoria, únicament permeten accedir a una pensió que variarà en funció de si estan o no allotjats en centres públics, i del règim en què hi estan allotjats. En el cas de França, per exemple, en funció de les prestacions que ofereix el centre d'acollida, si proporciona un o dos àpats al dia o bé no en proporciona cap, el demandant d'asil té dret a rebre una prestació més alta o més baixa. A França, en els darrers anys s'han anat reduint les prestacions que els demandants d'asil reben un cop la demanda d'asil ha estat declarada inadmissible.

483. L'ASSISTÈNCIA MÈDICA, L'ENSENYAMENT I L'ACCÉS A UNA FEINA REMUNERADA. En els estats membres, formalment, els infants tenen accés a l'ensenyament fins els 15 o el 16 anys, i en la majoria d'ells és obligatori i gratuït, tot i que no en tots. Malgrat això, en el tràmit d'admissibilitat o d'admissió a la frontera, l'accés a l'ensenyament pot no ser efectiu, si en el centre de retenció no hi ha les instal·lacions i els professionals adequats. En el cas de l'aprenentatge de la llengua del país per als adults, en alguns estats els cursos són obligatoris, com a Suècia, en d'altres són opcionals i, en d'altres, com a Luxemburg, Espanya, el Regne Unit i els Països Baixos, els adults poden seguir els cursos quan la seva demanda és declarada admissible⁶⁷. En alguns estats també s'ofereixen oportunitats d'aprenentatges diversos, o de formació per a la inserció laboral quan els demandants d'asil tenen dret d'accedir al mercat de treball.

En tots els estats membres, els demandants d'asil tenen dret de rebre algun tipus d'assistència mèdica. En molts estats el contingut de l'atenció mèdica es limita a les situacions d'urgència, a l'atenció a les embarassades i al tractament de malalties especialment greus, durant un temps, fins a la decisió sobre l'admissibilitat de la demanda d'asil o fins l'allunyament. En la majoria d'estats, a més, els demandants d'asil poden sotmetre's a un examen mèdic (excepte en el cas d'Itàlia) que inclou diverses proves segons els estats. En alguns estats l'examen mèdic és obligatori sempre

⁶⁷ *Ibidem*, pàg. 63.

i, en d'altres, només en determinades circumstàncies, com en el cas dels demandants d'asil que han d'ingressar en un centre d'acollida, com a França o a Bèlgica. En alguns estats, com en el cas de Finlàndia, el reconeixement mèdic és obligatori i inclou el test de la SIDA, cosa que vulnera les exigències de l'ACNUR sobre que aquest test només hauria de fer-se a petició o amb el consentiment de l'interessat. Per a l'ACNUR, fer aquesta prova als demandants d'asil sistemàticament contribueix a estigmatitzar-los davant de la societat, quan no constitueixen per ells mateixos un grup de risc que faci la prova aconsellable⁶⁸. En alguns estats, a més, els demandants d'asil reben atenció mèdica psiquiàtrica i psicològica, i poden accedir a serveis especialitzats per al tractament de les seqüeles que es deriven de l'haver estat sotmesos a formes de violència o a tortures.

En dos estats membres de la Unió, en principi, els demandants d'asil no tenen en cap estadi del procediment dret d'accedir al mercat de treball del país on es troben: Itàlia i França. A la resta, aquest accés es condiona al transcurs d'un període de temps d'estada en el país o a la superació del tràmit d'admissibilitat de la demanda d'asil. En la majoria d'estats, la possibilitat de treballar, llavors, no és automàtica, sinó que depèn d'una autorització que el demandant ha de sol·licitar a l'entitat competent. La possibilitat de treballar, legalment o en l'economia submergida dels estats, es considera que és un factor que pot atreure demandants d'asil en determinats estats, per la qual cosa es restringeix en tots els estats.

484. L'ACCÉS DE L'ACNUR I DE LES ORGANITZACIONS HUMANITÀRIES EN LES ZONES D'ESPERA I EN ELS CENTRES DE RETENCIÓ ADMINISTRATIVA: EL CAS DE FRANÇA. Un dels aspectes importants de l'acollida dels demandants d'asil en els estats membres és l'accés que tenen als serveis de l'ACNUR i d'organitzacions que tenen per objecte facilitar als demandants d'asil assistència jurídica i material. França és un dels estats membres de la Unió Europea que ha tingut una trajectòria normativa més important en la regulació de les zones internacionals i *de retenció* dels demandants d'asil que arriben a les fronteres del país, com s'ha vist en el Capítol VI, i que ha tingut una evolució positiva en relació a aquest accés. En aquest estat, la crítica per part dels tribunals de la deficient garantia de l'accés dels agents d'assistència i de l'ACNUR als demandants d'asil en aquestes zones ha provocat canvis a la normativa que regula el manteniment en elles dels demandants d'asil.

A l'actualitat, el *Codi francès de l'entrada i de l'estada dels estrangers i del dret d'asil* preveu a l'article L-223§1 final que, les condicions d'accés del delegat de l'ACNUR i dels seus representats i de les organitzacions humanitàries a les zones d'espera han de determinar-se per decret. Aquesta qüestió es va regular per primer cop al *Décret n° 95-507 de determinació de les condicions d'accés del delegat de l'ACNUR*

⁶⁸ ACNUR, *Observaciones del ACNUR sobre La propuesta de la Comisión Europea de una Directiva del Consejo por la que se establecen normas mínimas para la acogida de solicitantes de asilo en los Estados miembros (COM (2001) 181 final)*, loc. cit., npp. 5.

o dels seus representants així com d'associacions humanitàries a la zona d'espera, que va ser modificat el juny de 1998 i el maig de 2005⁶⁹. L'accés a la zona d'espera es trobava severament limitat en els inicis de la regulació i, després de crítiques contundents⁷⁰ que van ser recollides per la jurisprudència dels tribunals, es va anar flexibilitzant, malgrat no ser un accés ni lliure ni il·limitat.

Pel que fa a l'ACNUR, l'accés dels seus representants es condiona a un permís individual vigent per a tres anys i renovable, que es materialitza amb la tramesa d'una carta nominativa que permet obtenir en cada visita una autorització d'accés a la zona. La periodicitat de les visites també és objecte d'acord.

Quant a les *associacions humanitàries*, aquestes han de sol·licitar una habilitació si compleixen determinades condicions, que serà en tot cas vàlida per tres anys i renovable. Al decret de 1995, l'accés dels representants de les associacions estava subordinat a l'obtenció d'un permís per una durada de tres anys i només podia ser concedit a deu persones per associació, les quals, a més, havien de rebre una carta nominativa que els autoritzés a accedir a la zona en cada visita. Una associació habilitada només podia accedir a través d'un o dos dels seus representants en cada zona d'espera vuit vegades l'any, entre les vuit del matí i les vuit del vespre, tenint en compte les necessitats d'ordre públic i de la seguretat dels transports. El *Conseil d'Etat* en una decisió de 1997 va confirmar la legalitat del *decret*, ja que va considerar que les limitacions es justificaven per l'afany de conciliar les necessitats del funcionament de la zona d'espera i el *rol d'observador de les associacions* i, perquè, segons ell, l'article 5 del Conveni europeu de drets humans *no imposa una presència permanent d'aquestes últimes sinó només la possibilitat d'accedir a la zona d'espera*⁷¹.

⁶⁹ Décret n° 95-507 du 2 mai 1995 déterminant les conditions d'accès du délégué du Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés ou de ses représentants ainsi que des associations humanitaires à la zone d'attente et portant application de l'article 35 quater de l'Ordonnance N° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, JORF de 4 de mai de 1995, n° 105, pàg. 6987; Décret n° 98-510 du 17 juin 1998 modifiant le décret n° 95-507 du 2 mai 1995 déterminant les conditions d'accès du délégué du Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés ou de ses représentants ainsi que des associations humanitaires à la zone d'attente, JORF de 25 de juny de 1998, pàgs. 9669-9670; i Décret n° 2005-617 du 30 mai 2005 relatif à la rétention administrative et aux zones d'attente pris en application des articles L.111-9, L.551-2, L.553-6 et L.821-5 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, JORF de 31 de maig de 2005, text 8/224.

⁷⁰ Per exemple, Ariane Lantz, *L'Administration face aux étrangers. Les mailles du filet*, Paris: L'Harmattan, 1998, pàgs. 149-157.

⁷¹ Conseil d'Etat (2e et 6e sous-section) (Fr), 3 d'octubre de 1997, *Association Nationale d'assistance aux frontières pour les réfugiés (ANAFE)* (Req. n° 170527), GP, dimecres, 10- dijous, 11 de juny de 1998, pàgs. 12-13, i AJDA núm. 11, novembre 1997, pàgs. 916-917. François Julien-Laferrère, en les seves "Observations", AJDA núm. 11, novembre 1997, pàgs. 917-918, destaca l'absència d'una motivació *seriosa* per tal d'arribar a la solució de fons. D'altra banda, també el *Conseil d'Etat* va considerar que no era il·legal refusar una habilitació a una associació pel fet de no tenir abast nacional, ja que *le ministre de l'Intérieur s'est fondé sur la nécessité d'assurer au mieux et de pouvoir apprécier de manière globale le fonctionnement des zones d'attente, et indique que ceci impliquait, de sa part, le choix d'associations à compétence nationale, disposant des moyens adaptés à la visite de ces zones sur l'ensemble du territoire*. Conseil d'Etat (Fr), 5 de maig de 1999, *Comité rhodanien d'accueil des réfugiés et de défense du droit*

El Decret núm. 2005-617 de 30 de maig va flexibilitzar aquesta situació, ja que estableix que les associacions humanitàries podran signar convencions amb el ministre de l'interior, i que aquestes convencions fixaran les condicions d'accés dels representants de les associacions a les zones d'espera⁷².

Fins i tot abans d'emetre's aquest decret, el ministeri encarregat ja havia signat aquests tipus de convencions, com en el cas del conveni signat amb l'*Anafé* (*Association Nationale d'Assistance aux Frontières pour les Étrangers*) el mars de 2004 per a una durada de sis mesos per a l'accés permanent a Roissy (on s'enregistren el 94% de les demandes d'asil presentades a les fronteres de França). Tot i que sense base convencional quan aquest ha caducat, l'*Anafé*, ha continuat desenvolupant les seves accions d'assistència i denunciant les mancances administratives i les violacions de drets dels estrangers en les zones d'espera⁷³.

En el cas de la retenció administrativa, el Decret de maig de 2005 estableix que cal que s'habiliti un local reservat als advocats que permeti preservar la confidencialitat de les entrevistes, i que aquest estarà disponible en qualsevol circumstància, excepte en cas de força major, quan l'advocat ho demani i la persona interessada hi estigui d'acord⁷⁴.

En el cas d'Espanya, la majoria de les organitzacions poden accedir normalment als centres de retenció en base a protocols establerts amb les autoritats, malgrat això, en alguns llocs, aquest accés no ha estat sempre permès, com en el cas de centres de les illes Canàries⁷⁵.

Tenint en compte aquesta evolució normativa, és obvi que la Directiva 2003/9/CE del Consell *per la que s'aproven normes mínimes per a l'acollida dels sol·licitants d'asil en els estats membres*, com és veurà tot seguit, lluny de consolidar els guanys i les bones pràctiques d'estats com França que ja han millorat les condicions dels demandants d'asil en els llocs de retenció fronterera pel que fa a l'accés de les organitzacions privades i l'ACNUR, manté la possibilitat de limitar aquesta garantia quan els demandants d'asil són a la frontera de l'estat, contradient els estàndards internacionals.

d'asile (Req. n° 196155), *RFDA*, vol. 15, núm. 4, 1999, pàgs. 880-881.

⁷² Article 21 del *Décret n° 95-507 du 2 mai 1995*.

⁷³ *Anafé* (*Association Nationale d'Assistance aux Frontières pour les Étrangers*), *Zone d'attente de Roissy: la présence associative ne résout pas tous les problèmes*, 2 de setembre de 2005.

⁷⁴ Article 8 del *Décret n° 2005-617 du 30 mai 2005*.

⁷⁵ *Rapport de M. Alvaro Gil-Robles, Commissaire aux Droits de l'Homme, sur sa visite en Espagne 10-19 mars 2005 à l'attention du Comité des Ministres et de l'Assemblée parlementaire*, CommDH(2005)8, Estrasburg, 9 de novembre de 2005, §85.

2. Les condicions materials d'acollida dels demandants d'asil d'acord amb la Directiva 2003/9/CE

a. Àmbit d'aplicació de les condicions materials d'acollida dels demandants d'asil

485. En principi, quan hom parla de l'acollida, la recepció o la rebuda dels demandants d'asil fa referència a les condicions jurídiques i materials de les que gaudeixen des del moment que presenten una petició per tal de ser protegits en el territori d'un estat estranger fins que se'ls concedeix un estatut durable o se'ls allunya del país. En aquest sentit, la *Plataforma per a la Cooperació Europea de la Creu Roja sobre Refugiats, Demandants d'asil i immigrants* (PERCO) ha establert que l'acollida o recepció

comença en el moment en què una persona entra en un estat i presenta la seva demanda d'asil a una autoritat nacional, es manté durant el període en què la demanda i els recursos són examinats, fins que la persona rep bé un permís de residència més estable, o és expulsat, repatriat voluntàriament o reassentat en un tercer estat. Quan, d'acord amb els instruments o convenis internacionals, un altre estat és considerat responsable d'examinar la demanda d'asil, la definició de "recepció" s'estén fins al moment de partença cap aquest estat⁷⁶.

Després d'aquest període, els estats han de procurar que l'estatut dels asilats o de les persones a qui es permet restar en el territori sigui el més similar possible al dels ciutadans i, en tot cas, conforme a la normativa internacional que regeix el tracte als estrangers. Aquesta definició del període d'acollida dels demandants d'asil, d'altra banda, és conseqüent amb la concepció de l'autoritat dels estats respecte dels demandants d'asil defensada en el Capítol VI. Quan els demandants d'asil entren en el territori d'estats estrangers on volen demanar asil, o es situen a les seves fronteres, en zona internacional, passen a trobar-se sota la jurisdicció de l'estat que a partir d'aquell moment ja pot anomenar-se *d'acollida*, cosa que el fa responsable principal del seu benestar i del dret de beneficiar dels béns bàsics de subsistència.

El contingut de l'asil provisional depèn dels estàndards internacionals en matèria de drets humans, el respecte dels quals recau principalment en l'estat en relació a les persones que es troben sota la seva jurisdicció, el qual proporcionarà els béns bàsics per ell mateix o recolzant-se en organitzacions amb funcions d'assistència humanitària. El dret de demanar asil, per tant, quan s'actualitza respecte d'un estat, comporta un dret de ser assistit pel que fa a les necessitats vitals bàsiques, d'allotjament, salut, alimentació, vestit, etc.

Malgrat això, l'àmbit d'aplicació de la directiva sobre acollida adoptada en el marc de la Unió Europea per part del Consell, amb vot unànim dels estats membres⁷⁷ d'acord

⁷⁶ Platform for European Red Cross Cooperation on Refugees, Asylum Seekers and Migrants (PERCO), *Guidelines on the reception of asylum seekers for National Red Cross and Red Crescent Societies*, Ginebra: International federation of Red Cross and Red Crescent Societies, 2001, pàg. 7.

⁷⁷ *Vid. Supra*, Capítol VIII, § 310-311.

amb les exigències de la primera fase de la implantació d'un *Espai de Llibertat, Seguretat i Justícia*, és força més reduït que no pas la definició d'acollida avançada anteriorment.

En primer lloc, igual que passa amb la directiva sobre procediments, les normes mínimes s'apliquen respecte de les persones que presenten una *sol·licitud d'asil* que, als efectes de la pròpia directiva, es defineix com una *petició presentada per un nacional d'un tercer país o per un apàtrida que pugui interpretar-se com una sol·licitud de protecció internacional d'un estat membre de conformitat amb la Convenció de Ginebra*⁷⁸. Per un costat, queden exclosos de la qualificació com a demandants d'asil els nacionals d'un dels estats membres; i, per l'altra, queden excloses les persones que demanen protecció per motius diferents dels previstos a la Convenció de Ginebra. La directiva únicament contempla com a una opció dels estats aplicar les normes mínimes a les sol·licituds de protecció diferents de les que es deriven del fet de ser refugiat⁷⁹.

En segon lloc, i contràriament a la proposta que havia fet la Comissió⁸⁰, l'article 3 de la directiva redueix molt considerablement els supòsits en els qual cal que el seu contingut sigui respectat per part dels estats membres. La directiva no s'aplicarà en els següents casos:

1. en el cas de sol·licituds d'asil diplomàtic o territorial presentades a les representacions dels estats membres;
2. quan s'apliquin les disposicions de la Directiva 2001/55/CE del Consell, de 20 de juliol de 2001, relativa a les normes mínimes per a la concessió de protecció temporal en cas d'afluència massiva i a mesures de foment d'un esforç equitatiu entre els estats membres per acollir aquestes persones i assumir les conseqüències d'aquesta acollida; ni
3. als nacionals de tercers països i apàtrides a qui, tot i haver presentat una sol·licitud d'asil a la frontera o en el territori d'un estat membre, no se'ls permet romandre en el territori com a demandants d'asil, així com els membres de la seva família si queden englobats per la sol·licitud d'asil⁸¹.

Dels casos en què no s'aplicarà la directiva, el més problemàtic (deixant de banda

⁷⁸ Article 2.b) de la *Directiva 2003/9/CE del Consejo de 27 de enero de 2003 por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los estados miembros*, DOUE de 6 de febrero de 2003, núm. L 31/19.

⁷⁹ Article 3.4 de la Directiva 2003/9/CE sobre acollida.

⁸⁰ D'acord amb la proposta de la Comissió, l'article 3 no preveia l'exclusió de l'aplicació de les normes mínimes de la directiva en cas de protecció temporal, ni tampoc mentre s'examina el dret d'entrar en el territori: *La presente Directiva se aplicará a todos los nacionales de terceros países y personas apátridas que formulen una solicitud de asilo en la frontera o en el territorio de un Estado miembro, y a los miembros de la familia acompañantes./ La presente Directiva se aplicará asimismo cuando se esté examinando una solicitud de asilo en el contexto de un procedimiento para decidir sobre el derecho de los solicitantes a entrar legalmente en el territorio de un Estado miembro*. Comisión de las Comunidades Europeas, *Propuesta de Directiva del Consejo por la que se establecen normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros*, COM (2001) 181 final, Brussel·les, 3 d'abril de 2001, pàg. 32/51.

⁸¹ Article 3 de la Directiva 2003/9/CE sobre acollida.

l'exclusió dels nacionals dels estats membres com a possibles demandants d'asil que respon a opcions polítiques internes de la UE) és aquest darrer, en la mesura que deixa fora de les garanties mínimes els demandants d'asil en el moment que són més vulnerables que és, precisament, tot just quan acaben d'arribar o quan es troben en zona internacional, a les fronteres dels estats, demanant asil. La directiva no es refereix per a aquests casos ni al dret de les persones de rebre els béns bàsics de subsistència, ni al dret de rebre assistència jurídica i mèdica. I permet, així, mantenir l'*estatu quo* en què els estats poden impunement convertir els espais en que es troben els demandants d'asil que encara no han estat admesos a entrar formalment en el territori en zones de no dret en les quals, a vegades, alguns demandants poden romandre-hi indefinidament.

El fet que a la directiva s'estableixi que les disposicions sobre acollida s'aplicaran a les persones que presenten una sol·licitud d'asil *sempre i quan se'ls permeti romandre en el seu territori en qualitat de sol·licitants d'asil* permet que els estats excloguin l'aplicació de les normes mínimes a alguns demandants d'asil, creant, per exemple, una distinció com la que existeix al Regne Unit entre persones que han demanat asil i *demandants d'asil*; i, també, permet que els estats retirin els beneficis de l'acollida als demandants d'asil a qui s'ha refusat la demanda o l'admissió en el territori i que disposen de recursos no suspensius. Aquesta situació va ser considerada *inacceptable* per part del *Select Committee on European Union* de la *House of Lords* britànica, que va considerar que la continuació de la recepció dels beneficis associats a l'acollida no podien limitar-se en funció de l'estadi del procediment d'asil, i que va defensar que aquests havien de dispensar-se sempre que es complissin dues úniques condicions: que el demandant d'asil es trobi en el territori i que es trobi en situació de necessitat⁸².

b. Les condicions materials d'acollida dels demandants d'asil: l'estàndard mínim europeu

486. LES RECOMANACIONS I LES OBLIGACIONS POSITIVES. La Directiva 2003/9/CE del Consell de 27 de gener de 2003 *per la qual s'aproven normes mínimes per a l'acollida dels sol·licitants d'asil en els estats membres* estableix els seus dos objectius en el preàmbul: definir unes normes mínimes per a l'acollida dels demandants d'asil que *siguin suficients per garantir-los un nivell de vida digne i unes condicions de vida comparables en tots els estats membres*⁸³, i *contribuir a limitar els moviments secundaris dels sol·licitants d'asil deguts a la diversitat de les condicions d'acollida*⁸⁴.

⁸² *Select Committee on European Union-House of Lords (UK), Eighth Report. Minimum standards of reception conditions for asylum seekers*, 27 de novembre de 2001, § 98.

⁸³ *Comparables*, a la directiva, sembla voler dir *equiparables*, a la llum d'altre versions lingüístiques de la directiva, concretament, la italiana on s'empra la paraula *analogue*. En francès i anglès s'utilitza *comparable*.

⁸⁴ §7-8 de la *Directiva 2003/9/CE del Consejo de 27 de enero de 2003 por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros*, DOUE de 6.2.2003, N° L

Les condicions mínimes d'acollida que disposa la directiva poden ser millorades pels estats, d'acord amb l'article 4, especialment pel que fa a l'ampliació del concepte de família, restringit a la directiva als fills menors d'edat, i al cònjuge o parella de fet (si l'estat considera la situació d'aquestes parelles similar a la de les casades a la legislació d'estrangeria de l'estat). Aquesta ampliació per part dels estats s'adequaria més a les recomanacions de l'ACNUR relatives al respecte de la unitat familiar dels refugiats⁸⁵.

Les condicions principals de l'acollida d'acord amb les normes mínimes establertes a la directiva, així com les principals mancances d'aquestes previsions són:

1. PROTECCIÓ DE LA VIDA FAMILIAR. L'article 14 de la Directiva preveu que els estats vetllaran per que els demandants d'asil tinguin *protecció de la seva vida familiar*, i per a que els fills menors dels demandants d'asil s'allotgin amb els seus pares i si són ells mateixos menors d'edat s'allotgin amb el membre de la família adult que en sigui responsable. Malgrat això, el mateix article preveu que els estats també poden fixar condicions materials d'acollida diferents per un *període raonable*, cosa que també inclou la protecció de la unitat familiar⁸⁶.
2. INFORMACIÓ. En un termini raonable, no superior a 15 dies, d'acord amb la Directiva, els estats membres informaran els demandants d'asil dels beneficis establerts i de les obligacions que han de complir en relació a les condicions d'acollida, a ser possible, per escrit, i en una llengua que sigui raonable suposar que comprenen. L'ajornament de la informació fins a 15 dies no s'adequa a les veritables necessitats dels demandants d'asil que comencen en el moment que presenten la demanda d'asil, en l'inici del procés, sobretot si ho fan a la frontera, que és precisament quan són més vulnerables⁸⁷.
3. DOCUMENTACIÓ I REGISTRE. A la directiva s'estableix que els estats *vetllaran* per que en el termini de tres dies des de la presentació de la demanda d'asil es proporcioni als demandants d'asil un document que certifiqui la seva condició de sol·licitants d'asil o que acrediti que estan autoritzats a romandre en el territori mentre la seva sol·licitud està tramitant-se o pendent d'examen. El màxim interès d'aquesta disposició per a la protecció dels demandants d'asil desapareix en preveure's a la mateixa directiva que els estats membres podran excloure alguns demandants d'asil d'aquesta *recomanació* (no s'arriba a

31/18.

⁸⁵ EXCOM ACNUR, Conclusió N° 88 (L) *sobre la protecció de las familias de los refugiados*, 8 d'octubre de 1999, §b) ii).

⁸⁶ Article 14§2 a) i 8§ de la Directiva 2003/9/CE sobre acollida.

⁸⁷ Article 5 de la Directiva 2003/9/CE sobre acollida. No es preveu expressament que s'informi als estrangers que arriben de la possibilitat de demanar asil, com es fa expressament en alguns estats membres, per exemple a França (article L 551§3 del *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*). En aquest país, no obstant, aquest dret ha estat interpretat restrictivament, per exemple a Cour de Cassation (1^a Ch civ.)(Fr), sentència de 6 de juliol de 2005, afer *M.S. Belhoua*, *RCDIPr.*, vol. 95, núm. 2, 2006, pàgs. 361-363.

articular malauradament com a obligació dels estats). Podrà no aplicar-se als sol·licitants d'asil que estiguin *retinguts i durant l'examen de la sol·licitud d'asil presentada a la frontera, o en el marc d'un procediment per decidir sobre el dret dels sol·licitants d'asil d'entrar legalment en el territori d'un estat membre*⁸⁸. Els estats membres, abans de procedir a la documentació dels demandats d'asil, també han de prendre les seves empremtes dactilars d'acord amb el Reglament *Eurodac* de desembre de 2000⁸⁹, i les dades relatives als demandants d'asil s'enregistraran, en principi, en la base de dades de l'estat, i en una base de dades central.

4. ASSISTÈNCIA SANITÀRIA I RECONeixEMENT MÈDIC. La directiva preveu, en primer lloc, que els estats membres *podran exigir* un reconeixement mèdic dels sol·licitants d'asil per raó de salut pública⁹⁰. En relació a aquesta qüestió no es preveu expressament quin contingut pot tenir aquest examen, ni tampoc s'exclou que es pugui obligar els demandants d'asil a sotmetre's a un test de la SIDA. En segon lloc, la directiva estableix que els estats membres vetllaran per que els demandants d'asil rebin l'atenció sanitària necessària, que inclourà, com a mínim, cures d'urgència i el tractament bàsic de malalties⁹¹. Aquesta assistència correrà a càrrec del demandant d'asil, o contribuirà a sufragar-la, si té recursos suficients⁹².
5. ACCÉS A L'ENSENYAMENT. D'acord amb la directiva, els demandants d'asil i els seus fills que siguin menors d'edat tindran accés al sistema educatiu *en condicions similars a les dels nacionals de l'estat membre d'acollida, mentre no s'executi efectivament una mesura d'expulsió contra ells o els seus pares*⁹³. Els estats membres, d'altra banda, no podran privar ningú de rebre ensenyament secundari pel fet que hagi fet els anys que en l'estat membre fan que la persona passi a ser considerada major d'edat⁹⁴. També en aquest dret fonamental la directiva estableix limitacions al seu exercici per part dels infants vinculats a una petició d'asil, ja que es preveu que l'accés al sistema educatiu podrà retardar-se fins a 3 mesos a partir de la data de la presentació de la demanda d'asil i, fins a un any, *si s'ofereix un ensenyament específic per*

⁸⁸ Article 6 §2 de la Directiva 2003/9/CE sobre acollida.

⁸⁹ *Reglamento (CE) N° 2725/2000 del Consejo de 11 de diciembre de 2000 relativo a la creación del sistema «Eurodac» para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Convenio de Dublín, DOCE 15.12.2000, N° L 316/1-10.*

⁹⁰ Article 9 de la Directiva 2003/9/CE sobre acollida.

⁹¹ Article 15 de la Directiva 2003/9/CE sobre acollida.

⁹² Article 14 §3-4 de la Directiva 2003/9/CE sobre acollida.

⁹³ Article 10 de la Directiva 2003/9/CE sobre acollida.

⁹⁴ Article 10 § 1 de la Directiva 2003/9/CE sobre acollida.

*facilitar l'accés al sistema educatiu*⁹⁵.

6. ACCÉS A L'OCUPACIÓ. La directiva estableix que els estats fixaran un termini des de la presentació de la demanda d'asil durant el qual el demandant no tindrà accés al mercat de treball. Els estats, per tant, no podran preveure mai, en principi, l'accés immediat a una ocupació (si no s'acullen a la clàusula de previsió més favorable). Aquest termini, acostumarà a ser igual o inferior al temps que es tardi en resoldre la demanda d'asil en primera instància. Malgrat això, si després de passar un any des de la presentació de la demanda aquesta no s'ha resolt sense que això sigui imputable al propi demandant, els estats decidiran *les condicions en que pot concedir-se al sol·licitant accés al mercat de treball*⁹⁶. La directiva preveu també que els estats poden restringir l'accés dels demandants d'asil al mercat de treball preveient una prioritat en l'accés per als ciutadans de la Unió, per als nacionals dels estats de l'Espai Econòmic Europeu, i per als nacionals de tercers països que siguin *residents legals*⁹⁷. Aquesta disposició tant poc favorable als demandants d'asil va ser el resultat d'un compromís entre els estats que defensaven la prohibició absoluta de l'accés a l'ocupació (com França), i els que preveien a la seva legislació interna l'accés a una feina remunerada passat un temps d'estada. D'altra banda, la utilització d'aquesta terminologia contribueix a estigmatitzar els demandants d'asil, ja que, per a que la disposició tingui algun sentit, cal entendre que els demandants d'asil són residents *il·legals* en els estats membres. Una interpretació diferent d'aquesta, si bé preferible i adequada a la normativa internacional que preveu el dret dels demandants d'asil de quedar-se en el territori de l'estat d'acollida mentre dura l'examen de la seva sol·licitud, condueix a l'absurditat de la previsió de preferència per als residents *legals*.
7. CONDICIONS MATERIALS D'ACOLLIDA: ALLOTJAMENT, ALIMENTACIÓ I VESTIT. Pel que fa a les anomenades *condicions materials d'acollida* en la directiva, s'estableixen com a normes generals que els estats *vetllaran* per que els sol·licitants d'asil puguin *disposar de les condicions d'acollida quan presentin la seva sol·licitud*, i que adoptaran les mesures necessàries per tal de garantir als sol·licitants *un nivell de vida adequat que els permeti subsistir*⁹⁸. Les

⁹⁵ Article 10 § 2 de la Directiva 2003/9/CE sobre acollida.

⁹⁶ Article 11 de la Directiva 2003/9/CE sobre acollida.

⁹⁷ Article 11 § 4 de la Directiva 2003/9/CE sobre acollida.

⁹⁸ L'ACNUR, amb bon criteri, ha considerat que seria bo definir un paràmetre més objectiu respecte del nivell d'assistència material respecte dels demandants d'asil, que tingués com a punt de referència el nivell dels sistemes d'assistència social nacionals. ACNUR, *Observaciones del ACNUR sobre La propuesta de la Comisión Europea de una Directiva del Consejo por la que se establecen normas mínimas para la acogida de solicitantes de asilo en los Estados miembros (COM (2001) 181 final)*, juliol de 2001, §24.

prestacions inherents a les condicions d'acollida, d'acord amb la directiva es proporcionaran el espècie, en forma d'assignacions financeres o vals, o combinant ambdues modalitats, i la seva quantia es fixarà d'acord amb la previsió abans mencionada. Si els demandants d'asil tenen recursos suficients, els estats podran exigir-los que sufraguin o contribueixin a sufragar les despeses de l'acollida⁹⁹. L'allotjament en espècie es pot facilitar

- a. en locals emprats per allotjar els sol·licitants d'asil durant l'examen d'una sol·licitud presentada a la frontera;
- b. en centres d'acollida que garanteixin un nivell de vida adequat; o
- c. en cases privades, apartaments, hotels o altres locals adaptats per allotjar els sol·licitants; o bé
- d. combinant alguna d'aquestes modalitats¹⁰⁰.

Malgrat aquesta previsió, els estats poden acollir-se a excepcions per raons diverses, algunes de conveniència pròpia, ja que durant un període *raonable* que haurà de ser *el més breu possible*, excepcionalment, poden fixar *condicions materials d'acollida diferents* quan:

- a. sigui necessària una avaluació inicial de les necessitats específiques del sol·licitant d'asil;
- b. les condicions materials d'acollida no estiguin disponibles en una zona geogràfica determinada;
- c. les capacitats d'allotjament normalment existents estiguin temporalment indisponibles; o
- d. el sol·licitant d'asil estigui retingut o confinat a la frontera.

En aquests casos, malgrat tot, caldrà que els estats atenguin a les *necessitats bàsiques*¹⁰¹.

8. DRET DE COMUNICACIÓ, DE REBRE ASSISTÈNCIA JURÍDICA I PRIVADA, I DRET DE CONTACTAR AMB L'ACNUR. En principi, d'acord amb la directiva, amb la finalitat que assisteixin els demandants d'asil, podran accedir als centres d'acollida i altres instal·lacions d'allotjament, els seus consellers o assessors jurídics i els representats de l'oficina de l'ACNUR, o de les organitzacions no governamentals en què aquesta delegui l'exercici de funcions que siguin reconegudes per part de l'estat. Aquest accés únicament es podrà limitar per raons de seguretat dels centres i de les instal·lacions, i dels demandants d'asil¹⁰². L'accés per part de l'ACNUR i de les demés organitzacions i agents d'assistència, per tant, s'entén que hauria de ser permanent. Però també la

⁹⁹ Article 13 de la Directiva 2003/9/CE sobre acollida.

¹⁰⁰ Article 13 de la Directiva 2003/9/CE sobre acollida.

¹⁰¹ Article 14 § 8 de la Directiva 2003/9/CE sobre acollida.

¹⁰² Article 14 § 7 de la Directiva 2003/9/CE sobre acollida.

utilitat més important d'aquesta disposició desapareix amb les excepcions previstes ja que, precisament, un dels problemes que es derivaven en els estats membres d'una deficient protecció del dret de comunicació amb l'ACNUR i altres agents d'assistència, era la manca d'accés permanent en els espais de retenció fronterera i, en aquests casos, els estats poden preveure, excepcionalment, *condicions materials d'acollida diferents* i excloure aquest accés.

487. LA DENEGACIÓ, LA REDUCCIÓ I LA RETIRADA DEL BENEFICI DE LES CONDICIONS D'ACOLLIDA. La Directiva 2003/9/CE del Consell de 27 de gener de 2003 *per la que s'aproven normes mínimes per a l'acollida dels sol·licitants d'asil en els estats membres* preveu algunes disposicions sobre la denegació, la reducció i la retirada dels benefici de les condicions d'acollida. D'acord amb la directiva, i recollint l'opció normativa britànica, un estat membre *podrà denegar les condicions d'acollida en els casos en els que el sol·licitant d'asil no hagi demostrat que la seva sol·licitud d'asil va ser presentada el més aviat possible un cop va entrar el aquest estat membre*¹⁰³. L'aplicació d'aquesta previsió podria conduir, si el demandant d'asil no disposa de recursos suficients, a una situació de violació del dret de no ser sotmès a actes inhumans o degradants, com ja van establir els tribunals britànics.

D'altra banda, els estats podran *reduir o retirar* el benefici de les condicions d'acollida quan el demandant d'asil se'n beneficiava indegudament, en la mesura que disposava de recursos suficients (també se li pot demanar que reemborsi les condicions materials d'acollida proporcionades); i quan el demandant d'asil no es comporti d'acord amb les obligacions que li incumbeixen o tingui un comportament considerat negatiu. Això succeirà quan

- a. marxi del lloc de residència determinat per l'autoritat competent sense informar-la o sense permís, si el va demanar;
- b. no compleixi les seves obligacions de comunicació de dades o de resposta a les peticions d'informació o de compareixença a l'entrevista personal relativa al procediment d'asil, durant un termini raonable fixat pel dret nacional;
- c. ja hagués presentat una demanda d'asil en el mateix estat membre¹⁰⁴.

Els estats, a més, podran fixar sancions per a quan es violi greument la normativa aplicable en els llocs on els demandants d'asil són allotjats, i en cas de comportament violent greu¹⁰⁵.

D'acord amb la directiva, les decisions de denegar, reduir o retirar el benefici de les condicions d'acollida i les sancions s'adoptaran de forma *individual, objectiva i imparcial*, estaran motivades, i es basaran en la *situació particular de la persona*, tenint

¹⁰³ Article 16 § 2 de la Directiva 2003/9/CE sobre acollida.

¹⁰⁴ Article 16 § 1 de la Directiva 2003/9/CE sobre acollida.

¹⁰⁵ Article 16 § 3 de la Directiva 2003/9/CE sobre acollida.

en compte el principi de proporcionalitat¹⁰⁶. L'únic benefici que els estats estan obligats a assegurar sempre és l'accés a l'atenció sanitària d'urgència, mentre que la resta poden ser objecte de denegació, restricció o retirada¹⁰⁷.

La possibilitat de denegar retirar o reduir els beneficis de l'acollida ha estat criticada per l'ACNUR per la seva aplicació a supòsits d'un comportament considerat *negatiu*. L'ampli marge d'interpretació de nocions referides al comportament més o menys positiu dels demandants d'asil pot donar lloc a abusos i disparitats entre els estats membres i dins dels mateixos estats. Certament, és necessari acurar els casos d'abús real per part de persones que es presenten com a demandants d'asil únicament per ser beneficiaris de les condicions d'acollida i per evitar sotmetre's a la política migratòria dels estats. Però, tal com defensa l'ACNUR, els supòsits de *no cooperació deliberada* dels demandants d'asil haurien de poder ser gestionats i resolts dins dels propis procediments d'asil i, si un demandant d'asil es retira del procediment, desapareix o no es presenta a les cites concertades en un determinat període de temps, la persona pot deixar de ser considerada demandant d'asil d'acord amb les previsions de la normativa interna, cosa que l'exclou dels beneficis associats a aquesta condició. Finalment, els comportaments inadequats, com actuacions violentes en els centres d'acollida, l'impediment que els infants siguin escolaritzats, o altres no associats al procediment d'asil haurien de ser sancionats d'igual forma que es sancionen aquests comportaments quan són fets per nacionals o estrangers residents en el país¹⁰⁸.

c. Valoracions generals del règim de drets substantius instaurat per la Directiva 2003/9/CE

488. La primera constatació que es deriva d'un examen de la directiva que estableix l'harmonització dels drets d'acollida dels demandants d'asil en la Unió Europea és que es tracta d'una harmonització parcial i gairebé residual, que deixa fora de regulació a escala europea els elements que més s'han desenvolupat, més s'han diversificat i més joc han donat en els estats en relació a la protecció dels demandants d'asil: les demandes d'asil que no es basen en l'aspiració de ser reconegut com a refugiat en el sentit de la Convenció de Ginebra.

En la Directiva 2003/9/CE sobre l'acollida, s'exclou en dues ocasions els demandants d'asil en frontera del règim general, cosa que suposa la creació d'un forat negre en els sistemes europeus d'asil:

- a. els estats membres poden excloure de l'obligació de documentar els

¹⁰⁶ Article 16 § 4 de la Directiva 2003/9/CE sobre acollida.

¹⁰⁷ Article 16 § 4 de la Directiva 2003/9/CE sobre acollida.

¹⁰⁸ ACNUR, *Observaciones del ACNUR sobre La propuesta de la Comisión Europea de una Directiva del Consejo por la que se establecen normas mínimas para la acogida de solicitantes de asilo en los Estados miembros (COM (2001) 181 final)*, juliol de 2001, § 26-29.

demandats d'asil en el termini de tres dies des de la presentació de la demanda d'asil als sol·licitants retinguts a la frontera durant l'examen de la demanda de protecció o durant el procediment per decidir sobre el seu dret d'entrar formalment en el territori de l'estat¹⁰⁹; i

- b. els estats membres podran disposar, *excepcionalment*, condicions materials d'acollida diferents de les previstes per a la resta de supòsits, durant un període *raonable*, el més curt possible, quan el demandant d'asil estigui retingut a la frontera.

En aquest darrer cas, la directiva disposa que les condicions diferents satisfaran, en qualsevol cas, les *necessitats bàsiques*¹¹⁰. Per a la resta de casos, la directiva disposa que els estats adoptaran disposicions sobre les condicions d'acollida a fi de garantir als demandants d'asil un nivell de vida *adequat que els permeti subsistir*¹¹¹; i en els centres d'acollida un nivell de vida *adequat*¹¹². Una interpretació sistemàtica condueix a una situació insostenible des del punt de vista de la protecció dels drets humans de les persones, especialment, el dret de no ser sotmesos a tractaments inhumans o degradants. La frontera la satisfacció de les *necessitats bàsiques* comporta, fent aquest tipus d'interpretació de conjunt, un nivell de garantia inferior al nivell de vida *adequat que permeti subsistir*. I, la satisfacció del *dret a la subsistència* ha de suposar la satisfacció de les *necessitats bàsiques*, fins i tot quan els estàndards imperants indiquen que un *nivell de vida adequat* ha d'establir-se en funció del nivell de vida del país i no de l'estricta subsistència.

En aquest cas, i en els altres en què es poden reduir o retirar les condicions materials de l'acollida, la directiva presenta un nivell de protecció que podria arribar a ser inferior que la protecció del dret a no patir tractaments degradants d'acord amb l'article 3 del Conveni europeu pel nivell de patiment que es pot obligar a suportar. Els estats s'han mostrat durant tot el procediment d'adopció de la directiva escèptics els uns amb els altres sobre la veritable voluntat d'adequar la seva normativa a un sistema comú d'asil, i han mostrat estar més obsessionats pels moviments secundaris i per evitar els factors d'atracció que no pas han actuat moguts per la *voluntat política d'estar a l'alçada dels estàndards internacionals de drets humans*¹¹³.

Per això, els estats en la transposició de la directiva i en l'aplicació de les seves regles necessàriament han d'anar en molts aspectes, com aquest, més enllà de les regles mínimes de la Directiva i atansar les exigències mínimes determinades pels estàndards europeus de drets humans.

¹⁰⁹ Article 6§2 Directiva 2003/9/CE d'acollida.

¹¹⁰ Article 14§8 Directiva 2003/9/CE d'acollida.

¹¹¹ Article 12§2 Directiva 2003/9/CE d'acollida.

¹¹² Article 14§1 Directiva 2003/9/CE d'acollida.

¹¹³ Nicola Rogers, "Minimum Standards for Reception", *EJML*, vol. 4, núm. 2, 2002, pàg. 228.

3. El dret substantiu de no patir tractaments inhumans ni degradants i de ser tractat humanament dels demandants d'asil mentre estan en situació d'asil provisional

489. Malgrat que no hi ha en Dret internacional cap norma jurídicament obligatòria respecte dels drets substantius específics dels demandants d'asil mentre estan en situació d'asil provisional, s'han desenvolupat alguns estàndards internacionals que regeixen el comportament dels estats respecte d'ells quan estan en determinades circumstàncies. En aquest sentit, i tenint en compte que la situació més habitual en què es troben els demandants d'asil quan arriben a les fronteres dels estats europeus és de privació de llibertat, és oportú establir quins són els límits que en dret internacional es promouen per al tractament dels demandants d'asil detinguts. Com si es tractés de centres concèntrics, en dret internacional s'han establert una sèrie de regles mínimes per al tractament de totes les persones detingudes que formarien el primer cercle; uns criteris específics per al tractament dels demandants d'asil detinguts que constituïrien el segon cercle; i, en dret europeu, el dret de no patir tortures ni tractaments inhumans o degradants configura un estàndard de tractament obligatori per a totes les persones detingudes en un estat part en el Conveni europeu de protecció dels drets humans, que conformaria el nucli.

El dret de no patir tortura ni tractaments o penes cruels, inhumans o degradants per part de les persones sotmeses a detenció forma part dels *Principis per a la protecció de totes les persones sotmeses a qualsevol forma de detenció o presó*¹¹⁴, i es deriva de forma obligatòria per als estats parts de la Convenció de les Nacions Unides de 1984 contra la tortura i altres penes o tractaments cruels, inhumans o degradants, i de l'article 3 del Conveni Europeu per a la protecció dels drets humans i les llibertats fonamentals de Roma de 1950. En el sistema de garantia d'aquest darrer, obligatori per als estats membres de la Unió Europea, el fet que la protecció que s'hagi donat a aquest dret sigui *absoluta* ha permès no només controlar i sancionar la violació d'aquest dret quan la tortura o els maltractaments són infligits intencionalment, i deixen traces físiques o psíquiques en persones sotmeses a mesures de privació de llibertat, sinó que també ha permès configurar un dret a unes condicions de detenció decents. El dret de no ser sotmès a tractaments degradants també podria abocar a la garantia d'uniques condicions de subsistència digna, tot i que aquest vessant no ha estat desenvolupat en positiu encara per part dels òrgans de garantia del Conveni.

¹¹⁴ Principi 6; AG ONU, *Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión*, A/RES/43/173, 9 de desembre de 1988, *Las Naciones Unidas y los derechos humanos 1945-1995*, "Serie de Libros Azules de las Naciones Unidas. Volumen VII", Nova York: Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas, 1995, document 58, pàgs. 352-356.

490. L'ESTÀNDARD DE TRACTAMENT DE LES PERSONES DETINGUDES. En el marc del Consell d'Europa s'han desenvolupat alguns textos de *soft law* per tal de regir el tractament de les persones privades de llibertats d'acord amb la noció de dignitat humana. Es tracta de regles mínimes que parteixen de l'article 10§1 del Pacte Internacional de drets civils i polítics¹¹⁵ i s'inspiren d'altres textos adoptats en el marc de les Nacions Unides¹¹⁶ i estableixen un marc normatiu per tal d'assegurar unes *condicions humanes de detenció*. D'acord amb el primer d'aquests textos, el *Conjunt de regles mínima per al tractament dels detinguts* inclòs a la Resolució (73) 5 del Comitè de Ministres, llevat de les regles específiques aplicables a categories diferents de detinguts, el conjunt de regles és aplicable a *tots els detinguts, criminals o civils, en detenció preventiva o condemnats, inclosos els detinguts que són objecte d'una mesura de seguretat o reeducativa*¹¹⁷. Cal entendre, per tant, que també són aplicables en els cas de les mesures de privació de llibertat aplicades als demandants d'asil per tal de facilitar la seva devolució o retorn en cas d'inadmissió de la petició de protecció.

Aquest primer text va ser revisat per tal de tenir en compte l'evolució de la societat l'any 1987 amb una Recomanació del mateix Comitè de Ministres que, malgrat que el seu títol fa referència al caràcter *penitenciari* de la detenció, també ha de considerar-se aplicable en el cas dels demandants d'asil detinguts que ho són en establiments no penitenciaris¹¹⁸.

En aquests textos es detallen els elements que fan que les condicions de detenció siguin conformes amb la dignitat de les persones, com pel que fa al registre, a la distribució dels detinguts (separació entre homes i dones, protecció dels joves, etc.), a les condicions que han de tenir els locals de detenció (dimensions, ventilació, il·luminació, instal·lacions sanitàries); higiene; alimentació; vestit; serveis mèdics; assistència moral i religiosa; el tractament que han de rebre els detinguts (possibilitat d'instrucció, de fer exercici físic a l'aire lliure, i de lleure).

D'acord amb la Recomanació R (87) 3 del Comitè de Ministres, l'objectiu del règim aplicable a les persones detingudes és que les condicions de detenció no agreugin el patiment *inherent* a la situació de privació de llibertat. Per aquest motiu, cal assegurar unes condicions de vida compatibles amb la dignitat humana; reduir al màxim els efectes perjudicial de la detenció; mantenir els lligams amb la família i el món exterior;

¹¹⁵ Article 10§1. *Tota persona privada de la seva llibertat es tractada amb humanitat i amb el respecte de la dignitat inherent a la persona humana.*

¹¹⁶ *Ensemble des règles minima pour le traitement des détenus. Adopté par le premier Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, tenu à Genève en 1955 et approuvé par les Conseil économique et social dans ses résolutions 663 C (XXIV) du 31 juillet 1957 et 2076 (LXII) du 13 mai 1977, Ginebra: UNHCHR, 1996.*

¹¹⁷ *Résolution (73) 5 Ensemble des règles minima pour le traitement des détenus*, adoptada pel Comitè de Ministres el 19 de gener de 1973, §4 de l'annex.

¹¹⁸ *Recommandation N° R (87) 3 du comité des ministres aux états membres sur les règles pénitentiaires européennes*, adoptada pel Comitè de Ministres el 12 de febrer de 1987.

i oferir als detinguts possibilitats de millorar els seus coneixements i millorar les seves possibilitats de retornar a una vida en societat¹¹⁹.

Aquests textos, tot i el seu caràcter no obligatori han estat emprats per part del Tribunal europeu de drets humans fins a consolidar una línia jurisprudencial inspirada en les regles que contenen que permet fer derivar de l'article 3 del Conveni un dret a unes condicions de detenció decents, com es veurà més endavant.

491. L'ESTÀNDARD DE TRACTAMENT DELS DEMANDANTS D'ASIL DETINGUTS. Els demandants d'asil, si són detinguts en espera de la resolució de la seva petició de protecció o de l'execució d'una mesura d'allunyament, han de ser tractats amb unes condicions fins i tot més estrictes i unes garanties específiques. Només poden ser mantinguts en llocs on estigui garantida la seva seguretat personal física i psíquica i el seu benestar; en principi, en establiments sense caràcter penitenciari i si això no es pot garantir, com a mínim han d'estar separats de la resta d'interns; les famílies han de restar unides durant la detenció i no es poden separar els fills dels seus pares; cal evitar la detenció dels menors de 18 anys; i les persones vulnerables (dones, nens, apàtrides) han de rebre atencions especials adequades a la seva situació particular¹²⁰.

L'ACNUR i, en el Consell d'Europa, l'Assemblea parlamentària i el Comitè de Ministres han establert, en aquest sentit, algunes regles destinades a configurar un estàndard de tractament dels demandants d'asil en els estats membres de la Unió Europea. El Comitè executiu de l'ACNUR ja va establir en la sessió de 1986 que les condicions de detenció dels refugiats i demandants d'asil havien de ser primer de tot *humanes*, i que en la mesura d'allò que fos possible *no han de ser empresonats amb persones detingudes com a criminals de dret comú, i no han de ser instal·lats en regions on la seva seguretat física estigui amenaçada*¹²¹. El febrer de 1999, l'ACNUR va detallar i actualitzar quines havien de ser les condicions de detenció dels demandants d'asil en unes directrius o *Guidelines*¹²² on, després d'insistir en què les condicions de detenció han respectar *la dignitat inherent de la persona*, es destaquen els elements essencials per a que el tractament dels demandants d'asil detinguts sigui correcte d'acord amb aquest criteri bàsic. Segons la directriu 10, *tots els demandants d'asil han de sotmetre's a una exploració al començament de la detenció per tal d'identificar les víctimes de traumes o tortura*, i han

¹¹⁹ *Ibidem*, §64 de l'annex.

¹²⁰ Guy S. Goodwin-Gill, "Article 31 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees: non-penalization, detention, and protection", Erika Feller, Volker Türk, Frances Nicholson (ed.), *Refugee Protection in International Law. UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge: Cambridge University Press, 2003, pàgs. 233-234.

¹²¹ ExCOM ACNUR, Conclusió N° 44 (XXXVII), *Détention des réfugiés et des personnes en quête d'asile*, § e)-i). En aquesta conclusió també es recorda que els refugiats i demandants d'asil tenen deures respecte de l'estat on es troben, com l'obligació de conformar-se a les lleis i reglaments així com a les mesures adoptades per al manteniment de l'ordre públic (§ h)).

¹²² UNHCR, *UNHCR's Revised Guidelines on applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers*, Ginebra, 10 de febrer de 1999.

de rebre tractaments adequats com a persones especialment vulnerables (§ i). Cal que les instal·lacions per als homes i per a les dones estiguin separades, i també es separi els nens dels adults, excepte quan formen part d'una família o grup (§ ii). També reitera que és necessari que es prevegin instal·lacions separades per als demandants d'asil, que s'eviti al màxim l'ús de presons i que, en tot cas, els demandants d'asil siguin allotjats separatament dels criminals condemnats o persones en presó preventiva, i que no hi hagi confusió entre els dos grups (§ iii)¹²³.

D'acord amb les directrius de febrer de 1999, els demandants d'asil també cal que tinguin l'oportunitat de contactar regularment i rebre visites d'amics, parents, religiosos, i assistència social i jurídica i, amb aquesta finalitat, cal que es disposin les instal·lacions necessàries i, sempre que sigui possible, les visites tinguin lloc en privat (§ iv). Quan sigui apropiat, els demandants d'asil han de tenir tanmateix l'oportunitat de rebre tractament mèdic adequat i assistència psicològica (§ v). Els demandants d'asil han de tenir l'oportunitat de practicar algun tipus d'exercici físic en activitats de lleure diàries a l'aire lliure o bé a l'interior de les instal·lacions (paràgraf vi); han de tenir la possibilitat de continuar amb els seus estudis o formació professional (§ vii); i de practicar la seva religió i rebre una dieta que s'hi adigui (§ viii). Els demandants d'asil també han de tenir accés a la satisfacció de les seves necessitats bàsiques, per exemple, llits, dutxes, articles d'higiene bàsics, etc. (§ ix). Finalment, els demandants d'asil han de tenir accés als mecanismes per presentar demandes i rebre la informació necessària a aquests efectes (§x).

En el context del Consell d'Europa també l'Assemblea parlamentària i el Comitè de Ministres han emès recomanacions respecte de com han de ser tractats els demandants d'asil detinguts. L'Assemblea parlamentària ha emès les recomanacions 1163 (1991) i 1475 (2000) relatives a *l'arribada de demandants d'asil en els aeroports europeus*. En la primera d'elles, s'instava al Comitè de Ministres a invitar els estats membres a

*vetllar per que el Conveni europeu de drets humans i els instruments internacionals que garanteixen la protecció dels demandants d'asil fossin respectats en els centres d'acollida i zones de trànsit dels aeroports europeus; (...) oferir un allotjament suficient i un tracte humanitari acceptable als demandants d'asil que esperen una primera decisió sobre la seva demanda; (i a) incloure representants de l'Alta Comissaria de les Nacions Unides per als refugiats i organitzacions desinteressades en les estructures responsables de l'acollida dels demandants d'asil en els seus aeroports*¹²⁴.

¹²³ Malgrat les recomanacions, l'ACNUR ha constatat diverses vegades amb preocupació que un bon nombre de refugiats i demandants d'asil continuen sent detinguts amb presoners en presó provisional o amb persones condemnades, cosa que suposa una *amença directa per a la seva integritat física*. Per exemple, ExCOM ACNUR, Comitè Permanent (15^a reunió), *Détention des demandeurs d'asile et des réfugiés: le cadre, le problème et la pratique recommandée*, EC/49/SC/CRP.13, 4 de juny de 1999, §18, *Refworld*-UNHCR Information, 8^a ed. juliol 1999.

¹²⁴ Assemblea parlamentària, *Recommandation 1163 (1991) relative à l'arrivée de demandeurs d'asile dans les aéroports européens*, adoptada el 23 de setembre, §11.iii), *Recueil de traités et autres textes de droit international concernant les réfugiés et les personnes déplacées*, vol. II, Ginebra: Division de la protection internationale de l'Office de l'Haut Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés, 1997, LXXVIII, pàgs. 478-479. En la Recomanació 1475 (2000), adoptada el 26 de setembre s'insisteix en la

El Comitè de Ministres, a la Recomanació núm. R (94) 5 *relativa a les línies directrius que han d'inspirar la pràctica dels estats membres del Consell d'Europa respecte dels demandants d'asil en els aeroports europeus* va establir també una sèrie d'indicacions que, en general, després van ser recollides a les *guidelines* de l'ACNUR¹²⁵.

a. El dret a unes condicions de detenció decents dels demandants d'asil

492. EL DRET DE NO PATIR TORTURES NI TRACTAMENTS INHUMANS NI DEGRADANTS DE LES PERSONES DETINGUDES. Ni la privació de llibertat, ni el seu manteniment, ni les condicions en què es desenvolupa poden constituir tortura ni tractaments cruels, inhumans o degradants, ja que en tota circumstància cal que tothom gaudeixi dels drets humans fonamentals sense distinció per raó d'estatut personal, nacionalitat o altre factor. Essent el dret de no patir tortura ni tractaments cruels, inhumans o degradants un dret de caràcter fonamental, té també com a titulars els demandants d'asil, es trobin on es trobin, i sigui quin sigui l'estadi del procediment d'acollida o allunyament en l'estat en què es troben.

En l'àmbit universal, tant la *Declaració Universal de drets humans* (article 5) com el *Pacte Internacional de drets civils i polítics* (article 7) estableixen que

Ningú no serà sotmès a tortures ni a penes o tractes cruels, inhumans o degradants

La *Convenció contra la tortura i altres tractes o penes cruels, inhumans o degradants* desenvolupa en aquest àmbit aquest dret bàsic que, com el mateix preàmbul reconeix, emana de la *dignitat inherent de la persona humana*¹²⁶.

idea de millorar les condicions materials i humanitàries d'acollida; d'assegurar la separació entre homes i dones excepte en el cas de les famílies; de vetllar per les cures especials dels menors d'edat i de les dones refugiades; preveure en els aeroports locals ventilats, condicionats i amb llum natural; garantir alimentació regular i cures mèdiques; preveure en cas de llarga estada la possibilitat de què els demandants d'asil detinguts puguin passejar almenys una hora diària a l'aire lliure; etc. Assemblea parlamentària, Recommendation 1475 (2000) *Arrivée de demandeurs d'asile dans les aéroports européens*, adoptada el 26 de setembre, §10.e)-g).

¹²⁵ S'establiria per exemple, que

(..) 9. *Quan ha de restar a la frontera en espera d'una decisió, el demandant d'asil ha de ser acollit i allotjat en un lloc apropiat, en la mesura del possible previst a aquests efectes.*

(...) 16. *L'acollida del demandant d'asil a la frontera ha de ser garantida en les millors condicions possibles*

17. *L'autoritat responsable ha de proporcionar l'allotjament i l'alimentació corresponent a condicions suficients i, en tant que sigui possible, en cas d'allotjament prolongat, equipaments de tipus recreatiu.*

18. *Cal assegurar una assistència mèdica i social.*

19. *En base a les modalitats fixades en cada estat membre, el demandant d'asil pot demanar trobar-se, entre altres, amb un ministre de l'església, un advocat així com un representant de l'ACNUR; a aquests efectes, aquests últims han de tenir accés al lloc d'allotjament.*

20. *Els responsables encarregats de l'acollida dels demandants d'asil han de rebre una formació apropiada per tal de complir amb aquesta tasca.*

Comitè de Ministres, Recommendation n° R (94) 5 *relative aux lignes directrices devant inspirer la pratique des Etats membres du Conseil de l'Europe à l'égard es demandeurs d'asile dans les aéroports européens*, adoptada el 21 de juny de 1994, § III, *YECHR.ACEDH*, vol. 37, 1994, pàg. 441.

¹²⁶ *Convenció contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes*,

El paràgraf 1 de l'article 10 del *Pacte* estableix també que

*Tota persona privada de llibertat serà tractada humanament i amb el respecte degut a la dignitat inherent a l'ésser humà*¹²⁷.

El Comitè de drets humans ha establert, respecte de àmbit d'aplicació d'aquesta disposició, que s'aplica a *tothom* qui està privat de llibertat en aplicació de les lleis per part de les autoritats de l'estat, i és mantingut en algun lloc, bé sigui en presons, hospitals, *camps de detenció*, etc. D'altra banda, d'acord amb el Comitè, l'article 10§1 imposa als estats una *obligació positiva* respecte de persones que són particularment vulnerables degut al seu estatut de persones privades de llibertat, i complementa, respecte d'ells, la prohibició de tortura o altres tractes o càstigs cruels, inhumans o degradants de l'article 7: les persones detingudes no poden ser

sotmeses a cap altra mena de privació o restricció diferent de les que resulten de la mateixa privació de llibertat; i el respecte de la dignitat d'aquestes persones ha de ser garantit en les mateixes condicions que en el cas de les persones lliures.

Finalment, el Comitè també ha establert que tractar tothom qui està privat de llibertat amb humanitat i respecte de la seva dignitat és una *regla fonamental i universal*. Com a conseqüència d'això, la seva aplicació, en tant que regla de mínims, *no pot dependre dels recursos materials disponibles en l'estat part*¹²⁸.

En el sistema europeu, el dret a no ser sotmès a tortures ni a penes o tractes cruels inhumans o degradants es troba recollit a l'article 3 del Conveni per a la protecció dels drets humans. Per tal de desenvolupar la protecció que ofereix aquest article a través de mesures sobretot preventives, es va adoptar el Conveni per a la prevenció de la tortura i tractaments o penes inhumans o degradants. Els estàndards de protecció d'un i altre instruments no són, no obstant, equivalents, com tampoc, en el cas de les persones detingudes, unes condicions de detenció contràries a les *regles penitenciàries europees*¹²⁹ necessàriament suposen una violació de l'article 3 del Conveni europeu de drets humans¹³⁰.

A/RES/39/46, de 10 de desembre de 1984, *Las Naciones Unidas y los derechos humanos 1945-1995*, "Serie de Libros Azules de las Naciones Unidas. Volumen VII", Nova York: Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas, 1995, document 50, pàgs. 315-322.

¹²⁷ El contingut de l'article 10 del Pacte va ser recollit com a primer *principi* del *Conjunt de Principis per a la protecció de totes les persones sotmeses a qualsevol forma de detenció o presó* de 1988, i es desenvolupa al llarg de tota la resta de principis. *Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión*, A/RES/43/173, 9 de desembre de 1988, *Las Naciones Unidas y los derechos humanos 1945-1995*, *op. cit.*, document 58, pàgs. 352-356.

¹²⁸ CtèdH, *General Comment 21. Article 10 (Forty-fourth session, 1992) Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies*, HRI/GEN/1/Rev.1 at 33, 1992 (1994), *Refworld* UNHCR-United Nations Information.

¹²⁹ Contingudes a la *Recommandation N° R (87) 3 du Comité des ministres aux états membres sur les règles pénitentiaires européennes*, adoptada el 12 de febrer de 1987.

¹³⁰ La Comissió europea a l'afer *Herbert Eggs c. Suisse* [CsshEDH, decisió d'11 de desembre de 1976, núm. 7341/76, §4 (*En Droit*)], va concloure que certament les condicions de detenció no s'adequaven en el cas a les Regles mínimes per al tractament dels detinguts de la *Résolution (73) 5* del Consell d'Europa (posteriorment substituïdes per les Regles penitenciàries de 1987), però que, en la mesura que es tractava

493. Com va exposar Jim Murdoch a mitjans dels anys noranta, la Comissió i el Tribunal europeu de drets humans s'esforçaren en determinar el *nivell mínim de severitat* exigít per establir una violació de l'article 3, i feren distincions en funció del grau de rigor en les tres formes de comportament que s'hi preveuen, de manera que només consideraven prohibits els patiments que anessin més enllà del què disposessin els *estàndards generals predominant*. En canvi, l'aproximació del Comitè per a la prevenció de la Tortura (CPT) acostumava a ser més enèrgica, sobretot en el sentit de considerar maltractament formes d'acció i omissió de les autoritats que probablement no superarien el test del Tribunal¹³¹. Aquesta diferència era deguda principalment a la funció del Comitè i el Conveni per a la prevenció de la tortura i tractaments o penes inhumans o degradants, que rau precisament en l'acció preventiva a través de mitjans no judicials, com la visita regular a determinats establiments de detenció o presó, i en contribuir a establir un diàleg amb les autoritats abans que condemnar-les. Segons Murdoch, el Comitè per a la prevenció de la tortura es concentra en la *zona gris* que es troba *entre les condicions irreprotxables de detenció i aquelles condicions que just estan per sota d'una violació de l'article 3*¹³².

Malgrat això, com es veurà més endavant, el Tribunal europeu de drets humans ha rebaixat el llindar de tolerància dels tractaments prohibits per l'article 3 a partir de sentències de 2000 i 2001, per a la qual cosa ha emprat sovint com a paràmetres d'interpretació i de prova els informes del CPT¹³³.

d'una detenció disciplinària de curta durada, aquest fet no necessàriament significava una violació de l'article 3 del Conveni europeu. Sobre aquesta qüestió, Christos Giakoumopoulos, "Detention of Asylum Seekers in the light of Article 5 of the European Convention on Human Rights", Jane Hughes, Fabrice Liebaut, (eds.), *Detention of Asylum Seekers in Europe: Analysis and Perspectives*, The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1998, pàg. 180.

¹³¹ Jim Murdoch, "The Work of the Council of Europe's Torture Committee", *EJIL*, vol. 5, núm. 2, 1994, pàgs. 239-243.

¹³² *Ibidem*.

¹³³ La qüestió de l'equivalència dels estàndards de protecció del Conveni europeu i del Conveni per a la prevenció de la tortura es va suscitar davant la Comissió en l'afer *Delazarus v. th United Kingdom*. En la seva decisió sobre l'admissibilitat de l'afer, la Comissió va respondre negativament a la pretensió del demandant que s'apliquessin al seu cas els mateixos estàndards que van fer concloure el Comitè que les condicions de detenció en certes presons angleses comportaven tractaments inhumans i degradants. La Comissió va reconèixer que les condicions generals a la presó de Wandsworth havien estat fortament criticades pel Comitè per a la prevenció de la tortura, però, en la mesura que la mateixa Comissió només tenia competència per tractar del cas concret que li havia estat presentat i no de la situació general dels presoners de Wandsworth, i que el demandant no podia argumentar haver estat sotmès a tractaments inhumans o degradants individualment, no era possible concloure que el tractament rebut assolís el nivell de *maltractament sever* prohibit per l'article 3. La Comissió va recordar la jurisprudència del TEDH segons la qual per a que un càstig sigui degradant i comporti una violació de l'article 3, la humiliació o degradació ha d'assolir un particular nivell en qualsevol cas *diferent de l'element habitual d'humiliació associat amb l'emprisonament* a què condueix a una condemna penal, i va establir que (t)he Commission also notes that the general conditions of detention at Wandsworth Prison were strongly criticised by the Government's own Chief Inspector of Prisons and by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (...). The Commission does not doubt that the conditions in Wandsworth Prison, involving overcrowding, a lack of activity, a lack of integral sanitations and poor hygiene, were extremely unsatisfactory and that they were in urgent need of improvement. The Government

La Comissió europea ja va considerar en l'important afer contra Grècia de 1969 que les formes de la privació de llibertat denunciades no podien ser vistes *com estrictament necessàries donada la situació*, i que les condicions de detenció de detinguts polítics comportaven una violació de l'article 3 del Conveni degut a: l'amuntegament de persones que s'hi produïa; la climatització inadequada; les instal·lacions inadequades per dormir i rentar-se; l'alimentació insuficient; i com es desenvolupava el lleure i els contactes amb l'exterior¹³⁴. En l'informe *Xipre contra Turquia* de 1999, la Comissió també va considerar que la *situació d'enclavament* dels grecs xipriotes, tot i que no equivalia per ella mateixa a una privació de llibertat en el sentit de l'article 5, sí que constituïa una violació de l'article 3 pel seu caràcter discriminatori, i per la situació general en què vivien les víctimes en el Nord de Xipre on es produïa una *interferència greu (aggravated interference)* en el seu dret al respecte de la llar i la vida privada i familiar¹³⁵.

Pel que fa més estrictament a si el manteniment o retenció de persones demandants d'asil en zones internacionals a les fronteres comporta un tipus de violació de l'article 3 del Conveni, la Comissió va refusar aquest argument en una ocasió en que es va plantejar la qüestió en aquests termes. En l'afer *Saardi, Mourad et Mel-Tabah contra Àustria*, els demandants van al·legar que la seva reclusió en una sala especial de trànsit tancada a l'aeroport de Viena durant prop d'una setmana constituïa un tractament inhumà. La Comissió va recordar en primer lloc la jurisprudència dels òrgans del Conveni segons la qual un maltractament en el sentit de l'article 3 del Conveni ha d'assolir un *grau mínim de gravetat* per entrar en l'àmbit d'aplicació d'aquesta disposició, i que l'apreciació d'aquest mínim és *relatiu* per essència i *depèn del conjunt de les circumstàncies del cas*. En segon lloc, i pel que fa al cas concret, després de passar revista a les característiques dels locals

recognise this and informed the Commission of a rebuilding scheme to include in-cell sanitation. This is to be welcomed. However, the Commission is only competent to deal with the case it has before it, not the general situation of prisoners at Wandsworth. The applicant in the present case cannot complain of overcrowding because throughout his stay at Wandsworth he was in a single cell. This fact must have reduced the difficulties created by the lack of integral sanitation in the cell. CsseDH, decisió de 16 de febrer de 1993, afer *Delazarus v. the United Kingdom*, demanda núm. 17525/90, §1 (9).

¹³⁴ CsseDH, informe de la Sub Comissió, afer *The Greek Case (Denmark v. Greece, Norway v. Greece, Sweden v. Greece, Netherlands v. Greece)*, núms. 3321/67, 3322/67, 3323/67 i 3344/67, §201.

¹³⁵ La Comissió va establir que aquestes *interferències*, afectaven *exclusivament* xipriotes grecs que vivien en el Nord de Xipre, i que els eren imposades *precisament perquè pertanyen a aquest tipus de persones*. Essent doncs, el tractament *clarament discriminatori*, la Comissió va considerar que afectava la vida diària de les persones sobre qui s'imposava amb un abast tal que *és justificat concloure que el tractament discriminatori ha assolit un nivell de severitat que constitueix una ofensa a la seva dignitat humana* i, per tant, constitueix una violació de l'article 3 del Conveni europeu. En el seu informe la Comissió destacava que les condicions generals de vida dels xipriotes grecs que viuen en el Nord de Xipre els eren imposades d'acord amb una política coneguda que pretenia la separació dels grups ètnics a la illa en el marc d'un acord bi comunal i bi zonal. Aquesta política conduïa al confinament de la població xipriota grega que encara vivia al Nord de Xipre, en una zona petita de la península de Karpas. La Comissió també va tenir en compte que les Nacions Unides havien expressat que les restriccions que s'imposaven a aquest poble tenien per efecte assegurar que *inexorablement amb el pas del temps, aquestes comunitats cessaran d'existir en la part Nord de la illa* (§498). CsseDH, informe de 4 de juny de 1999, *Cyprus against Turkey*, demanda núm. 25781/94, § 436-437 i 492-498.

on havien estat detinguts els demandants en la zona de trànsit (lloc reduït, enllumenat artificial però cambres separades, sala i instal·lacions sanitàries, així com accés permanent per part dels serveis socials de l'aeroport), la Comissió va considerar que les condicions d'estada havien estat potser *incòmodes*, però que no s'havia atansat el grau mínim de gravetat requerit com per entrar en l'àmbit d'aplicació de l'article 3¹³⁶. Com es veurà en el Capítol XIII, el Tribunal Europeu de drets humans va tenir l'ocasió de pronunciar-se si a la llum de l'article 5 del Conveni el manteniment en zona d'espera constituïa una privació de llibertat prohibida, i per tal de valorar la legitimitat de la mesura va tenir en compte alguns elements relatius a les condicions en què es trobaven les persones detingudes, tot i que no es plantejava en la demanda l'eventual violació de l'article 3.

494. LA CONTRIBUTIÓ A UNES CONDICIONS DE DETENCIÓ DECENTS DE LES INSTITUCIONS INTERNACIONALS DE CONTROL I DE DENÚNCIA. Des dels anys noranta, en què a la Unió Europea es percep un augment de la pressió migratòria en general, i dels demandants d'asil en particular, la preocupació per les condicions en què es troben les persones que arriben als estats europeus però que no són admeses a entrar immediatament, o que esperen l'execució d'una mesura d'allunyament, ha estat proporcional a la manca de diligència de les autoritats dels estats en afrontar aquesta realitat des de la perspectiva de la dignitat humana. En aquest sentit, han estat molt reveladors de les diferents situacions en els estats els informes d'organitzacions no governamentals com Amnistia Internacional, així com els informes de relators especials de les Nacions Unides, els informes del Comitè europeu per a la Prevenció de la Tortura i de les penes o tractaments inhumans o degradants (CPT) o, en alguns estats, ONGs locals o nacionals i, fins i tot, fonts dels òrgans de control polític intern. Sovint no s'atansa el llindar de gravetat requerit per considerar que s'està davant d'una situació de tortura o de tractament inhumans o degradants, però això no significa que no s'hagi de tractar les persones detingudes *humanament i amb el respecte degut a la dignitat inherent a l'ésser humà* (article 10§1 del Pacte internacional de drets civils i polítics).

El Comitè executiu de l'ACNUR, després de renovar les *guidelines* per al tractament dels demandants d'asil detinguts, va dibuixar el juny de 1999 el panorama de la detenció dels demandants d'asil en un document titulat *Detenció dels demandants d'asil i dels refugiats: el marc, el problema i la pràctica recomanada*. En ell es revelava el baix grau de compliment de les recomanacions i estàndards internacionals relatius a la detenció dels demandants d'asil. S'establia, per exemple, que

Les condicions de vida dels demandants d'asil detinguts constitueixen una greu preocupació en nombrosos països on s'hi té recurs. Una gran promiscuïtat, la impossibilitat de separar els homes de les dones, l'absència de mobiliari apropiat i

¹³⁶ CsseDH, decisió de 5 d'abril de 1993, *Samer Saardi, Antonio Mourad et Yolla Semaan Mel-Tabah c. Autriche*, núm. 19066/91, §1 (5-9). La Comissió cita, en aquest cas, per tal de reforçar la seva posició, que en un informe recent del Comitè per a la prevenció de la tortura s'havia considerat que les condicions d'higiene en aquella zona de trànsit eren acceptables.

de serveis d'higiene com un bany o un tocador o un espai preparat per a activitats recreatives, es troben entre les deficiències de les que correntment s'informa (...)

El problema de l'inadequació total de les condicions de vida que confinen, i en certs casos equivalen purament i simple, a tractament inhumans i degradants és igualment implícit en un cert nombre de països on els demandants d'asil són detinguts durant llargs períodes en zones de trànsit internacional dels aeroports, serveis que generalment no estan equipats per a aquesta finalitat. En regla general, aquestes zones no ofereixen cap intimitat, no permeten dormir o rentar-se correctament i no separen els homes de les dones; tenen com a molt un accés restringit a telèfons i altres mitjans per contactar amb l'ACNUR o altres interlocutors. D'acord amb els fets, la detenció en aquestes zones, particularment per aquells qui no tenen papers o que tenen una nacionalitat determinada, dura amb freqüència uns quants mesos i algunes vegades uns quants anys¹³⁷.

495. A Europa, alguns dels instruments més útils a l'hora de valorar el tractament dels demandants d'asil en les zones d'espera i en els centres de retenció per a estrangers són els informes del Comitè europeu per a la Prevenció de la Tortura i de les penes o tractaments inhumans o degradants (CPT). El Comitè pot visitar tots els llocs on hi ha persones detingudes en un estat part en el Conveni i, per això, en els informes per països a voltes es descriu la situació existent pel que fa a la garantia del dret de no ser torturat ni maltractat en les zones d'espera frontereres de l'estat, o en els centres de detenció d'estrangers. D'altra banda, el Comitè també ha prestat especial atenció a aquestes qüestions en els informes generals de 1996 i 2003.

Dels informes per països va resultar ser força revelador de la situació a Espanya l'informe fet públic el 1998, on es descrivien les condicions de vida infrahumanes dels centres de detenció d'estrangers de Màlaga, Melilla i Ceuta, després d'una visita sorpresa del Comitè de l'abril de l'any anterior. En l'informe s'expressava la preocupació per les denúncies de maltractaments en el procediments d'allunyament, i es demanava de les autoritats espanyoles que *retessin compte detalladament de les mesures concretes que a la pràctica s'adoptaven per part de les autoritats espanyoles per tal d'assegurar-se que ningú era retornat a un país on correu el risc de ser sotmès a tortures o tractaments o càstigs inhumans o degradants*¹³⁸. En el cas de Bèlgica, un informe de 1993 es feia ressò de possibles maltractaments en els allunyaments dels estrangers refusats, així com d'un *ús excessiu de mitjans de constrenyiment (manilles massa estretes, esparadraps a la boca, etc.)*. L'informe alertava també de les condicions inadmissibles en alguns centres de retenció, i conclouia que

privar una persona de la seva llibertat comporta per a l'estat la responsabilitat de detenir-la en condicions que respecten la dignitat humana. Les constatacions fetes en la visita del CPT han mostrat que les autoritats belgues han mancat la seva

¹³⁷ ExCOM ACNUR, Comitè Permanent (15^a reunió), *Detention des demandeurs d'asile et des réfugiés: le cadre, le problème et la pratique recommandée*, EC/49/SC/CRP.13, 4 de juny de 1999, §19-20, *Refworld-UNHCR Information*, 8^a ed. juliol 1999.

¹³⁸ CPT, *Report to the Spanish Government on the visit to Spain carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading treatment or Punishment (CPT) from 21 to 28 April 1997*, CPT/Inf (98) 9, 19 de maig de 1998, §12.

*responsabilitat pel que fa a les persones mantingudes en el centre de repatriament de Walem i en la sala d'acollida de la zona de trànsit de l'aeroport de Brussel·les-Nacional. En efecte, la delegació del CPT ha identificat situacions lligades a les condicions d'estada dels nacionals estrangers retinguts en aquests llocs que equivalen a tractaments inhumans i degradants i que, a vegades, comportaven riscos directes per a la integritat física de les persones que hi eren mantingudes*¹³⁹.

Les crítiques a la situació dels centres de retenció per a estrangers considerats inadmissibles es repetiren en l'informe de 1997 on, per exemple, el CPT denunciava com a *absolutament inacceptable que l'accés a un metge pugui ser suprimit en tant que sanció disciplinària*¹⁴⁰.

En el cas d'Alemanya l'informe fet públic l'any 1999 sobre una visita de l'any anterior del CPT a l'aeroport de *Frankfurt am Main* va fer visibles les condicions en què es trobaven els demandants d'asil en les zones d'espera. L'objecte de la visita era precisament constatar el tracte rebut per les persones que estan pendents de procediments derivats de la legislació sobre asil i sobre estrangers en les dependències frontereres de l'aeroport. En l'informe es va constatar i denunciar el llarg període de temps que les persones podien arribar a passar en espais no suficientment habilitats en espera d'una resolució sobre la seva situació en el país (habitualment més de tres setmanes); la manca de control adequat sobre la sort de les persones retingudes; les mancances dels espais en què eren mantinguts els estrangers (espai, ventilació, etc. insuficients); així com també les insuficiències en les garanties dels detinguts, com pel que feia a l'accés efectiu a un advocat, o a evitar eficaçment l'allunyament envers països on hi hagués risc de patir tortura o tractaments inhumans o degradants¹⁴¹.

¹³⁹ CPT, *Rapport au Gouvernement de la Belgique relatif à la visite effectuée par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) en Belgique du 14 au 23 novembre 1993*, CPT/Inf (94) 15, 14 d'octubre de 1994, §65-67.

¹⁴⁰ CPT, *Rapport au Gouvernement de la Belgique relatif à la visite effectuée par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) en Belgique du 31 août au 12 septembre 1997*, CPT/Inf (98) 11, 18 de juny de 1998, §74. En l'informe de 2001 es constata una millora en les condicions de detenció i en l'execució de les mesures d'allunyament tot i que es crida l'atenció sobre la necessitat de revisar el tipus de manilles utilitzades per minimitzar les lesions en els canells dels estrangers detinguts, així com la reducció de patiments per part de les persones en els procediments per a l'execució del retorn com l'*asfíxia postural* en la subjecció forçosa per al trasllat o el *síndrome de la classe turista* en vols de llarga durada; CPT, *Rapport au Gouvernement de la Belgique relatif à la visite effectuée en Belgique par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) du 25 novembre au 7 décembre 2001*, CPT/Inf (2002) 25, 17 d'octubre de 2002, §30-36. En l'informe de 2005, el CPT reitera la necessitat de millorar les condicions de detenció dels estrangers, tot reconeixent els progressos realitzats; CPT, *Rapport au Gouvernement de la Belgique relatif à la visite effectuée en Belgique par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) du 18 au 27 avril 2005*, CPT/Inf (2006) 15, 20 d'abril de 2006, §38-49.

¹⁴¹ CPT, *Report to the German Government on the visit to Frankfurt am Main Airport carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 25 to 27 May 1998*, CPT/Inf (99) 10, 27 maig de 1999. En un informe posterior es celebren les millores fetes per les autoritats tot i insistir en les necessitats encara pendents (adequació de l'alimentació a preceptes religiosos dels detinguts, millora en el servei d'atenció metge i psicològica, etc.). La visita en aquest darrer informe també s'estén a altres llocs on són detinguts estrangers. CPT,

En l'informe general d'activitat de 1996 es va dedicar un capítol a la situació de les persones retingudes en virtut de les legislacions dels estats relatives a l'entrada i estada d'estrangers. El CPT va recordar que els aeroports i les zones frontereres també formaven part dels espais on podia realitzar visites, i va denunciar que els locals de retenció en els punts d'entrada dels països eren llocs sovint inadequats, amb condicions improvisades, i que els estrangers podien ser retinguts per llargs períodes de temps en establiments penitenciaris o en comissaries de policia¹⁴². El capítol específic de l'informe general de 2002-2003 es va dedicar a l'allunyament d'estrangers per via aèria. En ell, tot i que principalment es feien recomanacions relatives a la preparació i conducció del desplaçament, el CPT també va establir que, en els darrers moments de detenció, no s'ajustava a les obligacions que tenen els estats ni el recurs a gasos incapacitants o irritants per controlar els detinguts i treure'ls dels habitacles a fi de ser transferits als avions; ni el subministrament de medicaments amb efectes tranquil·lizants o sedants sense prescripció mèdica o sense el consentiment de l'interessat, per d'afavorir l'execució del trasllat¹⁴³.

En el context del Consell d'Europa també han estat significatius com a instruments de visibilitat i denúncia els informes de relators o del mateix Comissari de drets humans com en posar de manifest les insalubres condicions en què es trobaven els estrangers i demandants d'asil en centres com els de Madrid, Barcelona, Algesires i Fuerteventura, a Espanya, a finals de 2005¹⁴⁴

496. Per la seva banda, Amnistia Internacional ha anat fent públics casos en que bé s'han produït maltractaments en centres i espais de detenció d'estrangers, o bé es pot pensar que podrien haver-se produït, tot i que no s'han pogut arribar a determinar exactament els fets, sovint per manca de col·laboració de les administracions implicades dels estats. En el període que va de gener a juny de 2000, Amnistia Internacional es va fer ressò de casos d'al·legació de maltractaments en centres de detenció per a estrangers a Bèlgica, on diverses persones havien al·legat haver estat víctimes o testimonis de maltractaments (i on, per exemple, un demandant d'asil va presentar una demanda per maltractaments el novembre de 1998 que encara no havia estat resolta el juny de 2000). En aquests casos, malgrat fer-ne les sol·licituds corresponents, Amnistia Internacional va no rebre cap informació de les autoritats sobre les investigacions internes o procediments disciplinaris

Report to the German Government on the visit to Germany carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or degrading Treatment or Punishment (CPT) from 3 to 15 December 2000, CPT/Inf (2003) 20, 12 març de 2003.

¹⁴² CPT, 7^e rapport général d'activités du CPT couvrant la période du 1^{er} janvier au 31 décembre 1996, CPT/Inf (97) 10, 22 d'agost de 1997, §25-31.

¹⁴³ El CPT també recordava la importància que el detingut beneficiés d'un reconeixement mèdic abans de procedir-se a l'execució de l'allunyament; CPT, 13^e rapport général d'activités du CPT couvrant la période du 1^{er} janvier 2002 au 31 juillet 2003, CPT/Inf (2003) 35, 10 de setembre de 2003, §38-40.

¹⁴⁴ Rapport de M. Alvaro Gil-Robles, Commissaire aux Droits de l'Homme, sur sa visite en Espagne 10-19 mars 2005 à l'attention du Comité des Ministres et de l'Assemblée parlementaire, CommDH(2005)8, Estrasburg, 9 de novembre de 2005, § 80-81 i 114.