

*EL PRINCIPI DE
NON-REFOULEMENT*
I LA SEVA INSERCIÓ EN EL DRET
DE LA UNIÓ EUROPEA

TREBALL FINAL DE GRAU

Autora: Carla Verdaguer i Comas

Tutora: Dra. Francina Esteve i Garcia

Facultat de Dret

Grau en Dret

Curs 2014-15

Convocatòria: Juny del 2015



ÍNDIX DE CONTINGUTS

I. INTRODUCCIÓ	3
II. EL SOL-LICITANT D'ASIL I EL REFUGIAT	6
1. NOCIONS	6
2. ANTECEDENTS I CONTEXT EN EL QUAL APAREIX LA CONVENCIÓ DE GINEBRA	11
3. MARC POSTERIOR DE DESENVOLUPAMENT A NIVELL DE LA ONU I A NIVELL EUROPEU –instruments jurídics-	15
3.1 Desenvolupament a nivell de la ONU	15
3.2 Desenvolupament a nivell europeu	16
3.2.1 El sistema europeu comú d'asil: la seva normativa i el principi de <i>non-refoulement</i>	20
3.2.1.1 Directiva 2013/32/UE sobre procediments d'asil	20
3.2.1.3 Directiva 2011/95/UE sobre requisits	22
3.2.1.4 El Sistema de Dublín (Reglament 604/2013 del Parlament Europeu i del Consell) i el Sistema EURODAC (Reglament 603/2013 del Parlament Europeu i del Consell)	23
III. EL MARC INSTITUCIONAL PER VETLLAR PER LA PROTECCIÓ DELS REFUGIATS	27
1. ALT COMISSIONAT DE LES NACIONS UNIDES PER ALS REFUGIATS (ACNUR)	27
1.1 Antecedents, creació i consolidació de l'ACNUR	27
1.2 Competències i tasques de l'ACNUR	29
1.3 L'Alt Comissionat i el Comitè executiu de l'ACNUR	33
2. LA UNIÓ EUROPEA I L'OFICINA EUROPEA DE RECOLZAMENT A L'ASIL (EASO)	34
2.1 Creació i desenvolupament de EASO	34
2.2 Objectius i funcions de EASO	35
3. MARC JURISDICCIONAL DE PROTECCIÓ DELS REFUGIATS, EL TRIBUNAL EUROPEU DE DRETS HUMANS (TEDH) I EL TRIBUNAL DE JUSTÍCIA DE LA UNIÓ EUROPEA (TJUE)	37
IV. LA CONVENCIÓ DE GINEBRA I LA NATURALES JURÍDICA DEL PRINCIPI DE NON REFOULEMENT	41
1. TIPUS DE NORMA	41

1.1 Norma convencional	41
1.2 Norma consuetudinària	42
1.3 Norma ius cogens	44
2. ÀMBIT D'APLICACIÓ I MOTIUS DE PERSECUCIÓ SEGONS LA DEFINICIÓ DE L'ARTICLE 1.A.2 DEL CONVENI DE GINEBRA I LA UNIÓ EUROPEA.	46
2.1 Principi de non-refoulement	46
2.1.1 Segons la Convenció de Ginebra	47
2.1.2 Segons la Unió Europea	47
2.2 Riscos i motius de persecució dels refugiats	49
2.2.1 Persecució per raó de raça	50
2.2.2 Persecució per raó de nacionalitat	51
2.2.3 Persecució per raó de creences religioses	52
2.2.4 Persecució per raó de pertinença a un determinat grup social	54
2.2.5 Persecució per raó de les opinions polítiques	55
3. EFECTES DE L'APLICACIÓ DEL NON-REFOULEMENT	56
3.1 Aplicació als sol·licitants d'asil	56
3.2 Aplicació als grups massius i l'expulsió col·lectiva	57
3.3 Àmbit d'aplicació territorial	58
4. EXCEPCIONS AL PRINCIPI DE NON-REFOULEMENT	59
V. ANÀLISI DEL CAS HIRSI JAMAA I ALTRES CONTRA ITÀLIA. TRIBUNAL EUROPEU DE DRETS HUMANS I EL PRINCIPI DE NON-REFOULEMENT	63
VI. CONCLUSIONS	69
VII. BIBLIOGRAFIA	76

I. INTRODUCCIÓ

El present treball es refereix el tema del principi de no devolució (*non-refoulement*) dels refugiats (o assimilables) posant especial èmfasis en la regulació successiva que s'ha portat a terme per la Unió Europea en els darrers anys. La realitat és que la Unió Europea s'enfronta cada dia amb l'arribada de molts estrangers que venen en busca de protecció o simplement d'una millor vida econòmicament parlant. En aquest treball em referiré als primers, aquells que fugen dels seus països d'origen i arriben a les fronteres de la UE per sol·licitar asil, la qual cosa suposa que podrien ser considerats, tot i que no sempre, com a refugiats.

Segons dades de la organització *Human Rights Watch*, del gener fins a mitjans de novembre del 2014, més de 155.000 persones van arribar a les costes de la UE, sense comptar les que van entrar per via terrestre i les moltes que van perdre la vida pel camí. Tot i que sovint es parla d'immigrants, una gran part d'ells són persones en busca d'una protecció que no tenen als seus països d'origen.

Aquest principi (*non-refoulement*), al que sovint els mitjans es refereixen com aquell que pretén evitar les *devolucions en calent*¹, el podem definir com aquella pràctica, realitzada il·legalment pels Estats, que consisteix en expulsar o retornar estrangers als seus països d'origen o a altres països diferents d'aquests, sense respectar els drets i garanties que es recullen en els diferents Tractats Internacionals o en les normatives comunitàries.

De fet, no són pocs els textos legals que es refereixen a la no devolució. La Convenció de Ginebra de Protecció dels Refugiats de 1951 és el primer text que reconeix aquest principi, modificat pel seu Protocol Addicional de Nova York de 1967 que en va eliminar les limitacions. A partir d'aquí, diferents textos d'àmbit internacional s'han referit explícitament al *non-refoulement* com per exemple la Convenció contra la Tortura o Altres Tractes o Penes Cruels, Inhumanes o Degradants de 1984; la Declaració sobre l'Asil territorial (Adoptada per la Assemblea General de las Naciones Unidas en la seva resolució 2312 (XXII), de 14 de desembre de 1967); el Conveni Europeu per a la protecció de Drets

¹ Terme periodístic que es sol utilitzar per referir-se a aquelles expulsions o devolucions que a vegades realitzen els Estats, sovint a través dels cossos de seguretat en les fronteres, sense que es segueixin els procediments corresponents.

Humans i Llibertats fonamentals de 1950, entre molts d'altres que ho han fet ja sigui directe o indirectament.

El febrer de 2014 es van fer públiques imatges, que personalment em van semblar aterrades, sobre com s'intentava evitar que un grup d'emigrants africans arribessin a les costes de Ceuta. Tot i que aquestes imatges eren devastadores no són les úniques que ens han anat arribat durant els darrers mesos. Constantment som receptors d'informacions i imatges de grups de persones que intenten arribar a les costes dels països de la Unió Europea jugant-se la vida. No fa tants dies, en un sol cap de setmana van morir centenars de persones al mar mediterrani, persones que procedien de Líbia i es dirigien a Itàlia.

La decisió d'escollir aquest tema de treball va ser fruit del neguit per entendre quina era la situació real d'aquells que eren rebutjats a entrar o retornats als països d'on provenien. I per concretar una mica més la temàtica, em centraré amb aquells que no marxaven voluntàriament dels seus països d'origen sinó que ho feien moguts per una imperiosa necessitat de lluitar per salvaguardar la seva vida o integritat física i/o psíquica.

Alhora de procedir a realitzar el treball, es seguirà una estructura que ens ajudarà a desgranar mica en mica, del nivell més ampli i teòric al més concret i pràctic, en quatre capítols, la protecció del principi i la seva pràctica per part dels Estats.

En el capítol primer sobre “el sol·licitant d'asil i el refugiat” s'analitzarà la diferenciació del concepte de refugiat i de dret d'asil o de persona asilada, entenent que no són el mateix, tot i que sovint són utilitzats com a sinònims, i l'evolució del seu significat. A continuació, ens trobarem amb una breu evolució històrica que arribarà fins a l'aparició de la Convenció de Ginebra, text de gran importància ja que, com hem dit, va ser el primer text que va parlar del *non-refoulement* i encara avui està vigent. De fet, és el text on s'han basat tots els textos legals posteriors relatius al dret d'asil i al principi en qüestió. L'especial rellevància de la Convenció, ens porta a un darrer apartat que pretindrà explicar com han estat regulats els drets vinculats al *non-refoulement*, tan a través de la ONU com a través de la UE, després de que fos aprovada i entrés en vigor la Convenció de Ginebra. Pel que fa a l'àmbit de la UE, ens trobarem davant d'un examen més global de la seva evolució normativa i en especial pel que fa al sistema europeu comú d'asil que va començar el 1999, on es pretenia crear una regulació del sistema d'asil que fos més igual i garantista a tota la UE.

En el segon capítol es pretén fer un anàlisi del marc internacional i més concretament de l'europeu de la protecció dels refugiats per tal de veure com s'han creat, amb quina finalitat i com actuen en relació al conflicte existent dels refugiats i l'aplicació del principi de no devolució. Concretament desenvoluparem l'organització de les Nacions Unides ACNUR, el

Tribunal Europeu de Drets Humans (TEDH) i la Oficina Europea de Recolzament a l'Asil (EASO).

El següent capítol entrarà a analitzar més a fons el principi de *non-refoulement*. Primer de tot és important esbrinar de quin tipus de norma estem parlant. Concretament examinarem el seu caràcter de norma convencional, consuetudinària i *ius cogens*. Tot seguit passarem a veure en quin àmbit s'aplica el principi segons la Convenció de Ginebra i segons la regulació de la Unió Europea. Seguidament es passarà a analitzar els riscos i motius de persecució dels refugiats, ja que són aquelles raons per les quals, a part de comportar un reconeixement de refugiat, de dret d'asil o d'ambdós, són la base per la qual aquestes persones no podrien ser retornades al seu país, i per tant, és el motiu de l'existència del principi de no devolució. A continuació, es farà un examen dels efectes que comporta l'aplicació d'aquest principi, com podria ser aquell relatiu als sol·licitants d'asil, a l'expulsió col·lectiva o a l'àmbit d'aplicació territorial. Finalment es mencionarà i s'explicarà quines són i en què consisteixen aquelles excepcions de respectar el principi de *non-refoulement* per part dels Estats.

El darrer capítol d'anàlisi consistirà en una recerca més acurada d'un cas concret que ha sigut rellevant per diferents raons. Concretament s'analitza un cas portat davant el Tribunal Europeu de Drets Humans que es referirà als aspectes que s'hauran anat examinant al llarg de tot el desenvolupament del treball. L'elecció d'aquest cas no és envà, sinó que la seva importància rau en tractar-se d'un cas no massa llunyà en el temps, amb considerable rellevància pel que fa a les resolucions posteriors del TEDH i del TJUE, i per provenir d'una successió de fets que no ha estat única en el temps sinó que té molts punts en comú amb fets que succeeixen encara avui, com podria ser l'expulsió col·lectiva o el debat dels Estats en quan a l'aplicabilitat del *non-refoulement* a la frontera.

En definitiva, les finalitats del treball són, posar en situació i conèixer el principi de *non-refoulement* en un àmbit de protecció internacional i especialment dins de la Unió Europea, fent especial èmfasis en l'àmbit de l'asil i del refugi, per tal de veure com s'enfronta per part del dret comunitari determinats fets que han tingut lloc i que tots hem pogut llegir i veure a les notícies.

Una altra de les finalitats és examinar si la regulació que hi ha actualment, en especial a la Unió és suficient per tal de garantir una protecció adequada als diferents drets humans que es posen en perill, tot plegat veient com els diferents organismes jurisdiccionals apliquen la normativa.

II. EL SOL·LICITANT D'ASIL I EL REFUGIAT

1. NOCIONS

L'estudi que pretenc fer precisa d'una determinació i una diferenciació clara de dos conceptes que sovint es confonen o s'utilitzen de manera indistinta: el dret d'asil i el refugi.

Pel que fa a l'asil i a la determinació del seu concepte hem de recórrer a l'any 1950, quan l'Institut de Dret Internacional, en la sessió celebrada a Bath, el va definir com "*la protecció que un Estat dóna en el seu territori, o en qualsevol altre lloc, sota la jurisdicció de les seves autoritats, a una persona que ve a buscar-la*"².

En principi, i tal com senyala DIEZ DE VELASCO: "*se entiende [que el asilo es] la protección que un Estado ofrece a personas que no son nacionales suyos y cuya vida o libertad están en peligro por actos, amenazas o persecuciones de las Autoridades de otro Estado o incluso por personas o multitudes que hayan escapado al control de dichas Autoridades*"³.

Com podem veure el terme asil és un concepte ampli. La qual cosa es contraposa amb el concepte de refugiat, el qual té un abast més limitat tal com desenvoluparé a posteriori.

D'aquesta manera, VALLE GÁLVEZ redefineix el terme de la següent manera: "*el asilo sería un conjunto de garantías provisionales de entrada y estancia, que se concede a un extranjero por el Estado de acogida, discrecionalmente y con carácter previo al reconocimiento jurídico-administrativo del estatuto de refugiado de la Convención de Ginebra*" i més a més "*el asilo sería también la posterior protección territorial del Estado, consecuencia de la determinación de la condición de refugiado, que se concede según las normas internas estatales articuladas sobre la base de la Convención de Ginebra*"⁴.

Podem extreure doncs, que l'asil és un dret subjectiu dels Estats, per tant no estem parlant d'un deure per part d'aquests, sinó d'una voluntat subjectiva. Aquesta facultat dels Estats

² *Annuaire de l'Institut de Droit International* (1950), art.1.

³ DIEZ DE VELASCO, Manuel. *Instituciones de derecho internacional público*. 18a ed. Madrid: Tecnos, 2013, p.559

⁴ VALLE GÁLVEZ, Alejandro del. "*Evolución y tendencias. En Derecho internacional y comunitario ante los retos de nuestro tiempo. II: La Unión Europea ante los retos de nuestro tiempo*". Marcial Pons, Madrid, 2009

(de concedir o no asil a un no-nacional) té el seu origen, o més ben dit, és conseqüència de la sobirania territorial d'aquests⁵. Aquesta sobirania determina que els Estats puguin exercir, en principi, totes les competències necessàries per tal de desenvolupar aquelles funcions que li corresponguin. La qual cosa significa que aquesta sobirania és plena. I, a més a més, aquesta determina que tal exercici serà amb exclusió de qualsevol altre estat, per tant, també serà exclusiva.⁶

El concepte d'asil té un origen religiós. Es remunta a quan determinats temples, com els grecs o els egipcis, van ser utilitzats com a llocs d'asil. Els temples eren protegits pels Déus i eren els integrants del Papat o de les diferents congregacions els que permetien a les persones a entrar-hi i protegir-s'hi⁷. És important trobar aquest origen per entendre la seva vessant territorial. Per aquest motiu, avui parlem de l'asil com una institució que depèn exclusivament de la sobirania de l'Estat, i per tant no podem parlar de manera completa del dret d'asil, perquè la concessió del "dret" estaria en funció de la discrecionalitat d'aquest⁸. D'aquesta manera podem percebre la naturalesa directament política del dret d'asil que afecta i es afectada per la conjuntura internacional.

El Conveni de Ginebra de 28 de Juliol de 1951 sobre l'Estatut dels Refugiats, va entrar en vigor el 1954, i va ser modificat pel Protocol Sobre l'Estatut dels Refugiats, signat a Nova York el 31 de gener de 1967⁹, a partir d'ara Convenció de Ginebra i Protocol de Nova York respectivament. Aquests textos, en cap moment proporcionen un dret subjectiu d'asil a l'individu, sinó que aquest dret segueix essent una competència de cada Estat.

Aquest és el concepte d'asil que entenc separat del concepte de refugiat. Per què no els podem equiparar? Doncs bé, a continuació desenvoluparé el concepte de refugiat per tal de poder apreciar aquesta distinció entre els termes.

El refugi s'ha configurat com una classe particular d'asil, de manera que aquest terme té un concepte molt més limitat que el terme "asil". Dins del refugi podem distingir el refugiat

⁵ PÉREZ BARAHONA, Sergio. *El estatuto de "refugiado" en la Convención de Ginebra de 1951*. REDUR nº 1. Universidad de La Rioja, 2003 p.227.

[<http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero1/perez.pdf>] [Consulta: 21 de març de 2015]

⁶ DIEZ DE VELASCO, Manuel. *Instituciones de derecho internacional público*. 18a ed. Madrid: Tecnos, 2013, p.371

⁷ LÓPEZ GARRIDO, Diego. *El derecho de asilo*. Madrid: Ministerio de Asuntos Sociales, INSERSO, 1991, p. 8.

⁸ LÓPEZ GARRIDO, Diego. *El derecho de asilo*. op.cit. p. 17.

⁹ Estatut dels refugiats, Ginebra, 28 de juliol de 1951, y el Protocol sobre l'Estatut dels Refugiats, fet a Nova York el 31 de gener de 1967. (Butlletí Oficial de l'Estat, núm. 252, de 21 d'octubre de 1978, pàgines 24310 a 24328).

[<http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1978-26331>] [Consulta: 21 de març de 2015]

estatutari. El refugi estatutari és aquell que es contempla en el Conveni de Ginebra de 1951 com a concepte de refugiat¹⁰.

El refugi és la protecció jurídica a persones que es troben en situació especial de vulnerabilitat i mancades de protecció que, en condicions normals, dóna l'estat de la nacionalitat. Així podem entendre que el refugi és aquella protecció que es dóna a les persones que es troben identificades amb l'art. 1A.2 de la Convenció de Ginebra amb les modificacions posteriors del Protocol de Nova York. Conseqüentment el terme refugiat es referirà a: *“tota persona que degut a fundats temors de ser perseguida per motius de raça , religió , nacionalitat, pertinença a determinat grup social o opinions polítiques, es trobi fora del país de la seva nacionalitat i no pugui o, a causa d'aquests temors, no vulgui acollir-se a la protecció de tal país; o que, no tenint nacionalitat i trobant-se, a conseqüència de tals esdeveniments, fora del país on abans tingués la seva residència habitual, no pugui o, a causa d'aquests temors, no vulgui tornar a ell”*¹¹

Tot seguit faré un anàlisi del concepte de refugiat de l'art.1.A.2 de la Convenció de Ginebra. La Convenció parla de que el terme de refugiat “s'aplicarà a tota persona”, així el dret a sol·licitar l'estatut de refugiat és una facultat limitada a les persones físiques, és a dir, queden fora de tal dret les persones jurídiques¹². La principal conclusió que podem extreure de la definició de la Convenció de Ginebra, és que l'aplicació del terme refugiat s'haurà de fer de manera individual, quedant exclosa per tant l'aplicabilitat de manera grupal (per exemple desplaçats o refugiats en massa). En definitiva doncs, s'haurà d'analitzar cas per cas per tal de poder concedir l'estatut de refugiat a aquells qui ho sol·licitin¹³.

Una altra part de la literalitat de les paraules de la definició de refugiat que podem analitzar és la de *“degut a fundats temors de ser perseguida”*. Aquesta és potser la part més complicada d'analitzar ja que conté un element subjectiu per definir. És un factor que tal com expliquen PÉREZ BARAHONA¹⁴ o LÓPEZ GARRIDO¹⁵ ha estat àmpliament estudiada per la doctrina¹⁶. El concepte de temor té una base subjectiva com deia, la qual cosa implica que la determinació de la condició de refugiat consistirà per tant, en la

¹⁰ A PÉREZ BARAHONA, Sergio. *El estatuto de “refugiado”*... op. cit., p. 228

¹¹ Conveni de Ginebra de 1951 i Protocol de Nova York de 1967. Art. 1A. 2.

¹² MARTÍN ARRIBAS, J.J. *Los estados europeos frente al desafío de los refugiados y el derecho de asilo*. Madrid: Ed.Dykinson, Universidad de Burgos. p.55.

¹³ PÉREZ BARAHONA, Sergio. *El estatuto de “refugiado”*... op. cit., p. 235

¹⁴ PÉREZ BARAHONA, Sergio. *El estatuto de “refugiado”*... op. cit., p. 236

¹⁵ LÓPEZ GARRIDO, Diego. *El derecho de asilo*. op.cit. p. 61

¹⁶ Veure JAEGER, G. *Status and International Protection of Refugees, International Institutw of Human Rights*, 9th Study Session (1978); WEIS, P. *The concept of Refugee in International Law*. Un Doc HCR/INF/49, Journal du Droit International (1960).

subjectivitat del que analitzi la veracitat i argumentació de les explicacions o raonaments que doni l'interessat en les seves declaracions Així, *El Manual de procedimientos i criterios para determinar la condición de refugiado*¹⁷ (a partir d'ara, el Manual) fa referència a un anàlisi de dos elements: les reaccions psicològiques de l'individu i la versemblança de les declaracions que faci el sol·licitant. Per tant, correspondrà al sol·licitant d'asil presentar els elements necessaris per l'apreciació de la versemblança dels fets i circumstàncies al·legades¹⁸. Tal com diu doncs el Manual, s'hauran d'examinar les reaccions psicològiques dels individus, ja que aquestes no són idèntiques; i a més, estudiar que aquest temor estigui fonamentat en una situació objectiva. Això significa que les autoritats de l'Estat d'acollida hauran d'examinar la situació del país d'origen del demandant d'asil¹⁹. Tal com expressa el *Manual*, es considerarà com a fonamentat aquell temor el qual comporti que “*la vida se haya convertido en intolerable para él en su país de origen por las razones indicadas en la definición, i que lo sería, por las mismas razones, si regresara*”²⁰.

Tot i això, la jurisprudència concedeix un valor superior a l'element objectiu que al subjectiu, de manera que atorguen l'estatut de refugiat en base a com de ben fonamentat estigui el temor de persecució²¹.

Un cop es considerin com a creïbles les declaracions del sol·licitant, no serà necessari buscar la confirmació detallada dels fets al·legats i s'haurà de concedir el benefici del dubte, a no ser que existeixin raons de pes que s'hi oposin²².

Com podem veure en aquestes definicions de refugiat, especialment a la de l'article 1A.2 de la Convenció de Ginebra, no es fa referència, en cap cas, al dret d'asil, i per tant, en cap moment aquest text obliga als estats a donar protecció, sinó que simplement, reconeix les característiques que definiran a una persona com a refugiada. El refugiat és aquell que busca asil, i per tant, no és nacional de l'Estat del que en pretén protecció. Dins de la definició de refugiat han de concórrer tres elements segons TIBERHIEN: un element territorial (que fa

¹⁷ ACNUR. *El Manual de procedimientos i criterios para determinar la condición de refugiado*. 1988 (última publicació de 1992).

[<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7575>] [Consulta: 27/03/2015]

¹⁸ *Guía sobre el Derecho de asilo*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2005. p.52.

¹⁹ LÓPEZ GARRIDO, Diego. *El derecho de asilo*. op.cit. p. 62

²⁰ ACNUR. *El Manual de procedimientos i criterios...* op.cit. p. 12-13

²¹ GORTÁZAR ROTAECHE, Cristina J. *Derecho de asilo y “no rechazo” del refugiado*. Madrid: Dykinson, 1997, p. 120.

²² *Guía sobre el Derecho de asilo*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2005 p.52.

referència a haver deixat el país d'origen), la falta de protecció del país d'origen, i per últim, la necessitat per l'interessat de deixar-lo²³.

En definitiva podem distingir els termes d'asil i refugi per varies raons. Una d'elles és que l'asil és una institució que depèn única i exclusivament de la discrecionalitat dels estats, i per tant, no hauriem de parlar de dret d'asil, sinó que considero que potser seria més correcte parlar de concessió d'asil. El refugi en canvi sí que és una obligació internacional que adquireixen tots els estats que van subscriure el Conveni de Ginebra (tot i que a posteriori es considera costum internacional i per tant serà aplicada també a la resta d'estats tal com explicaré en el capítol III, apartat 1 del present). LÓPEZ GARRIDO distingeix de manera concreta i concisa l'asil com el permís d'entrada i estància, la qual podria ser fins i tot definitiva²⁴, mentre que el refugi seria aquella obligació per part dels estats de no rebutjar o retornar als refugiats que sol·liciten asil i, la obligació de reconèixer-los-hi un estàndard mínim de drets, de manera que en cap cas s'obliga als estats a concedir als refugiats una protecció plena i permanent. Un altre punt a distingir és que l'asil no ha de comprendre un únic tipus de persones determinat, sinó que, al ser un dret subjectiu dels estats, aquests li ho atorgaran a qui considerin. Una darrera qüestió seria la no necessitat de que el sol·licitant d'asil fugi d'algun tipus de persecució a la qual sigui sotmesa per l'estat de la seva nacionalitat (o residència habitual en el cas dels apàtrides), sinó que seria suficient que l'Estat no volgués o no pogués protegir-lo²⁵.

Dins del conjunt de persones que són demandants d'asil, entre les que trobem, per exemple, els refugiats, també s'hi troba una altre categoria de persones, aquestes són les persones estrangeres que no estan en el seu estat d'origen, que no poden ser qualificades com a refugiades en el sentit de la Convenció de Ginebra, però que tot i això necessiten algun tipus de protecció per part d'un altre estat. Ja sigui perquè no volen, o perquè no poden obtenir aquesta protecció de l'estat del que són nacionals.

En el cas que una persona no reuneixi els requisits per a que se la consideri refugiada, però de totes maneres no pugui tornar al seu país d'origen per l'existència d'un risc real a patir danys greus, com podria ser la condemna a pena de mort o execució, la tortura, un tracte inhumà, etc., tindrà dret a rebre una protecció subsidiària²⁶. Aquesta protecció consistirà en

²³ TIBERGHIEU, Frédéric. *La protection des réfugiés en France*. 2a ed. París: Economica, 1988, p. 57.

²⁴ LÓPEZ GARRIDO, Diego. *El derecho de asilo*. Op. Cit. p. 13-46.

²⁵ GORTÁZAR ROTAECHE, Cristina J. *Derecho de asilo y "no rechazo" del refugiado*. Madrid: Dykinson, 1997, p. 75-86.

²⁶ *Comprender las políticas de la Unión Europea, Migración y asilo*. Comissió Europea (UE). Gener 2015

un conjunt mínim de drets que en determinats casos podrà consistir en un tracte menys favorable d'aquells que obtenen una protecció “completa”. La protecció subsidiària no va estar expressament regulada per la Convenció de Ginebra, sinó que s’ha regulat en el paquet de mesures que la Unió Europea va prendre a partir del 2004 per crear un Sistema Europeu Comú d’Asil²⁷.

2. ANTECEDENTS I CONTEXT EN EL QUAL APAREIX LA CONVENCIO DE GINEBRA

La Convenció de Ginebra i el posterior Protocol adicional de Nova York van ser fruit de la situació que vivia Europa. Moltes persones fugien de l’est d’Europa amb la intenció de ser acollits a l’Europa occidental. Aquesta situació de migracions que patia el continent, va durar fins els anys 70. Durant tot aquest temps els fluxos de refugiats que arribaven a Europa provenien d’Estats comunistes i, en menor mesura, de les dictadures d’Espanya, Grècia i Portugal²⁸.

Tot i això, abans d’aquests esdeveniments que van donar lloc a la Convenció de Ginebra, ja es parlava del fenomen dels refugiats. Així, per exemple, a partir de la Revolució Francesa al s. XVIII, França va començar a vetllar per tal de regular la situació dels refugiats. De fet, va ser el primer Estat en aprovar una llei específica relativa als refugiats: “Loi relative aux Etrangers refugiés qui résideront en France”, promulgada el 1832²⁹.

Tot i això, el fenomen dels refugiats, com un fenomen de rellevància, no va començar a inquietar a la Comunitat Internacional fins al final de la Primera Guerra Mundial. És en aquesta època, i en el si de la Societat de Nacions, quan comencen a aparèixer els primers convenis sobre refugiats. Sense ànim exhaustiu, podem destacar la Convenció de 28 d’octubre de 1933 sobre “*La Condició dels Refugiats russos, armenis i assimilables*”, fruit dels acords adoptats anteriorment per als refugiats russos i armenis. Aquesta Convenció de 1933 reconeix per primera vegada l’obligació del *non-refoulement*³⁰.

[http://europa.eu/pol/pdf/flipbook/es/migration_es.pdf] [Consulta 20/3/2015].

²⁷ Concretament a la Directiva 2004/83/CE, 29 d’abril de 2004. (DOUE núm. 326, de 13 de diciembre de 2005, páginas 13 a 34.

[<http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2005-82465>] [Consulta: 21/3/2015]

²⁸ LÓPEZ GARRIDO, Diego. *El derecho de asilo*. op.cit. p. 7-12.

²⁹ GORTÁZAR ROTAECHE, Cristina J. *Derecho de asilo y “no rechazo” del refugiado*. Madrid: Dykinson, 1997, p. 57

³⁰ ALIJA FERNÁNDEZ, Rosa Ana. *La persecución como crimen contra la humanidad*. Barcelona: Universitat de Barcelona, 2011, p.115-123.

“Cada una de les Parts Contractants es compromet a no allunyar dels seu territori, per aplicació de mesures de policia tals com l’expulsió o el rebuig, als refugiats l’estància dels quals hagi estat autoritzada, a no ser que les mesures mencionades siguin dictades per raons de seguretat nacional o ordre públic. Cada Part es compromet, en tot cas, a no rebutjar als refugiats a les fronteres dels seus països d’origen.

Es reserva el dret d’aplicar les mesures d’ordre públic que estimi oportunes als refugiats que, afectats d’expulsió per raons de seguretat nacional o ordre públic, estiguin impossibilitats per deixar el seu territori per no haver rebut, a instància pròpia o gràcies a les institucions que s’ocupen d’elles, les autoritzacions i els visats necessaris que els permetin entrar en un altre país”³¹.

És a dir, el camp d’aplicació del Conveni s’estenia als anomenats “refugiats Nansen³²”, però permetia als Estats part modificar o ampliar les categories de persones compreses en el seu àmbit d’aplicació.

Posteriorment, es conclouen una sèrie d’acords que van regular la situació de refugiats d’origen alemany com van ser “*Arranjament provisional relatiu a la condició dels refugiats procedents d’Alemanya*” (1936) i “*Convenció concernent a la Condició dels refugiats procedents d’Alemanya*” (1938)³³.

Sota la iniciativa del President Franklin D. Roosevelt³⁴, es van reunir a Evian representants de trenta-dos governs el juliol de 1938 en una conferència que va crear el Comitè intergovernamental pels Refugiats (IGCR), el qual coordinaria les seves activitats amb aquella organització internacional. D’acord al seu manament primitiu, el Comitè era competent per ajudar no només a les “*persones que hagin d’abandonar el seu país d’origen*” (Alemanya i Àustria), sinó també “*a les persones que no hagin abandonat encara el seu país d’origen, però que es vegin obligades a emigrar a causa de les seves opinions*

[<https://books.google.es/books?id=gDryJZwt0GwC&pg=PA117&lpg=PA117&dq=1933+sobre+condicion+refugiados+rusos+armenios&source=bl&ots=1o1TsXOXFM&sig=oEMK-IVj62Kf4Kh3WHIWZwGwNKU&hl=ca&sa=X&ei=LjYQVeC0M5DYapDDgvgC&ved=0CCkQ6AEwAQ#v=onepage&q=1933%20sobre%20condicion%20refugiados%20rusos%20armenios&f=false>]
[Consulta: 22/03/2015]

³¹ Traducció de GORTÁZAR ROTAECHE, Cristina J. *Derecho de asilo y...* op. cit. p. 289.

³² Els anomenats refugiats Nansen són aquells desplaçats per les guerres balcàniques, la Revolució Russa, la Primera Guerra Mundial i de la guerra entre turcs i grecs de 1922. S’anomenen així en honor a Fridtjof Nansen, designat el 1921 com el primer Alt Comissionat pels Refugiats per la Lliga de Nacions (predecessora de les Nacions Unides) [<http://www.acnur.org/t3/el-acnur/eventos/el-premio-nansen-para-los-refugiados/>]

³³ GÓRTAZAR ROTAECHE, Cristina J. *Derecho de asilo y...* p. 100

³⁴ President dels Estats Units del 1933 al 1945.

polítiques, les seves creences religioses o el seu origen racial”, amb lo qual es mencionen per primera vegada les causes de l'èxode d'aquestes persones³⁵.

Aquesta darrera Convenció sobre l'Estatut dels Refugiats procedents d'Alemanya, en el seu article 5.3 a) recull també la prohibició de devolució de refugiats. A posteriori també es va aprovar el “*Protocol Addicional a l'Arranjament provisional i a la Convenció*” (1939).

En definitiva, es pot comprovar que es tracta d'instruments que tracten de solucionar problemes de refugiats en casos concrets. Són Convenis, Acords o Arranjaments “sectorials” que no ofereixen una visió global del problema dels refugiats.

En una etapa anterior al Conveni de Ginebra de 1951 es comencen a utilitzar criteris individuals en la determinació de la condició de refugiat, ja que fins llavors la protecció es dirigia a grups de persones: russos, alemanys, etc.

El manament del Comitè va ser ampliat el 1943, després de la Conferència de les Bermudes celebrada a l'abril del mateix any entre el Regne Unit i els Estats Units d'Amèrica. La seva competència s'estendrà a “(...) *totes les persones, independentment del lloc on es trobin, que, com a resultat de fets succeïts a Europa, hagin d'abandonar, o podrien estar obligades a abandonar, el seu país de residència, per quan les seves vides o llibertats es trobin amenaçades per motius de raça, religió o opinions polítiques*”³⁶.

De fet, tal com va assenyalar F. SCHNYDER³⁷, la importància de tal definició resideix en el fet de demostrar que la Comunitat Internacional estava disposada a adoptar mesures per a la reinstal·lació de les persones que es trobessin en països on la seva existència estigués amenaçada i, a més, el fet que la pràctica anterior, consistent en designar als refugiats únicament per grups ètnics o nacionals determinats, s'abandonava definitivament.

Va ser doncs, en aquesta època de la segona postguerra mundial quan Nacions Unides va crear l'Organització Internacional per als Refugiats (OIR) el 1946, amb el propòsit de protegir no només als nombrosos refugiats que formaven part de l'Alt Comissionat de la Societat de Nacions i del Comitè Intergovernamental pels Refugiats, sinó també a les persones desplaçades compreses en l'esfera de competència del Govern militar aliat a

³⁵ PÉREZ BEVIA, José Antonio, *La determinación del Estatuto de Refugiado*. Servicio de publicaciones de la Universidad de Navarra, 1982, p. 177.
[http://dadun.unav.edu/bitstream/10171/21001/1/ADI_VI_1982_07.pdf] [Consulta: 22 de març de 2015]

³⁶ PÉREZ BEVIA, José Antonio, *La determinación del Estatuto...* op.cit. p. 178
[http://dadun.unav.edu/bitstream/10171/21001/1/ADI_VI_1982_07.pdf] [Consulta: 22/03/2015]

³⁷ SCHNYDER, Félix *Les aspects juridiques actuels du problèmes des réfugiés*. Recueil des Cours, ADILH 1965, p.359

Alemanya i Àustria, així com en la de l'Administració de les Nacions Unides per als Socors i Rehabilitació, que , en la seva major part, no volien retornar al seu país d'origen. Posteriorment aquesta organització es va transformar en l'Alt Comissionat de Nacions Unides per als Refugiats (ACNUR) mitjançant Resolució 319 (IV) de 3 de desembre de 1949.

Seguidament, l'Assemblea General de les NNUU per Resolució 428 (V) de 14 de desembre de 1950 va adoptar l'Estatut d'Alt Comissionat de la Nacions Unides per als Refugiats, encarregat de protegir legalment als refugiats, sense cap tipus de límits pel seu origen.

No obstant això, no va ser fins al 1951 quan es va convocar la Conferència de Plenipotenciaris (on van estar representats disset Estats europeus, sis d'americans, quatre asiàtics i un d'Oceania) que, reunits a Ginebra de 2 al 25 de juliol de 1951, van adoptar el Conveni de Ginebra de 28 de juliol de 1951 sobre l'Estatut dels Refugiats, que va entrar en vigor el 1954.

En principi, es tracta d'un Conveni que pretén donar solució al problema dels refugiats creat per la Segona Guerra Mundial. Això cal deduir-ho pels límits (temporal i espacial) que s'inclouen en el concepte de refugiat. Parlem de límit temporal perquè es referia com a beneficiaris a aquells que eren refugiats com a conseqüència dels fets que van succeir amb anterioritat al dia 1 de gener de 1951. Per altre banda, parlem de límit espacial perquè la Convenció permetia als Estats protegir als refugiats que provenien de qualsevol part del món, o fer-ho únicament respecte d'aquells que procedien d'Europa³⁸. Aquests límits van ser eliminats pel Protocol Addicional, de 31 de gener de 1967, signat a Nova York.

Així, com veiem, malgrat que la Convenció de Ginebra posseïa una perspectiva més global de la problemàtica dels refugiats que els Convenis elaborats en l'època de la Societat de Nacions, també estava dirigit a solucionar la situació dels refugiats com a conseqüència de la segona gran guerra o de la guerra freda , ja que aquesta, va ser una època on hi va haver el major moviment de refugiats que el món mai havia conegut. S'estima que al voltant de 30 milions de persones –entre refugiats i desplaçats- es van veure obligats a fugir del seu lloc de residència habitual . La Convenció de Ginebra, doncs, va néixer per donar resposta a aquests casos de refugi post-bèl·lic.

³⁸ GÓRTÁZAR ROTAECHE, Cristina J. “*Derecho de asilo y...*” op.cit. p.104 i 105

3. MARC POSTERIOR DE DESENVOLUPAMENT A NIVELL DE LA ONU I A NIVELL EUROPEU –instruments jurídics-.

A continuació ens referirem a com s'ha anat desenvolupant el dret d'asil i la situació dels refugiats des de que es va aprovar la Convenció de Ginebra de 1951. Per tal d'analitzar aquesta evolució normativa ens centrarem en explicar-ho amb dos apartats, un referents a nivell internacional general i l'altre dins de la Unió Europea.

3.1 Desenvolupament a nivell de la ONU

Fins al moment no hi havia cap normativa suficientment consistent que regulés el dret d'asil (a part de la Convenció de Ginebra i el Protocol de Nova York sobre els Refugiats). Conseqüentment, l'Assemblea General de les Nacions Unides va aprovar mitjançant Resolució 2312 (XXII) de 14 de desembre de 1967 una Declaració sobre Asil Territorial. La Declaració reitera que l'atorgament de l'asil ha de ser *“un acte pacífic i humanitari i que, com a tal, no pot ser considerat no-amistós per cap altre Estat”*. A més, també especifica que correspon a l'Estat que concedeix asil qualificar les causes que el motiven.

Amb la intenció de convertir aquesta Declaració sobre l'Asil Territorial en un Tractat Internacional, la Conferència Diplomàtica³⁹ es va reunir entre l'11 de gener i el 4 de febrer de 1977 a Ginebra per tal d'adoptar aquest nou conveni⁴⁰. En aquesta Conferència el text debatut recollia tan sols una subtil obligació d'asil per als Estats part, ja que únicament fa referència a que aquests *“facin tot el possible”* per a asilar a aquells que siguin beneficiaris de la Convenció projectada. Aquesta Conferència va fracassar de manera estrepitosa. Això pot ser conseqüència de que el dret d'asil és una competència estatal, i per tant es necessita del consentiment dels Estats per a establir obligacions internacionals en la matèria. Això ho argumenta GORTÁZAR ROTAECHE de manera clara: *“arrancar consentiments per a la creació de normes internacionals d'origen netament convencional, en àmbits quasi universals, quan no hi ha una pràctica més o menys generalitzada, és una tasca que comporta gran dificultat”*⁴¹. Per tant, podem concloure que els Estats no van trobar aquell “comú denominador” que fes que tots s'obliguessin de manera clara pel que fa a l'asil territorial. Si bé és cert que existia ja la Convenció de Ginebra per als Refugiats, aquesta no

³⁹ Formada per representants de 92 Estats

⁴⁰ MARTIN Y PÉREZ DE NANCLARES, José. *La inmigración y el asilo en la Unión Europea*. Madrid: ed. Colex, 2002, p.19.

⁴¹ GORTÁZAR ROTAECHE, Cristina J. *“Derecho de asilo y...”* op.cit. p.180

obligava als Estats a atorgar asil i per tant aquí podria raure l'explicació de per què els Estats van estar d'acord en signar la Convenció i no el futurible Tractat Internacional sobre l'Asil Territorial. És per aquest motiu que cap dels articles proposats i discutits en la Conferència no van passar al Ple de la mateixa⁴², la qual va acabar proposant una pròxima convocatòria que mai més va tenir lloc⁴³.

El que sí hi ha, i a més és important ressaltar, és que el Comitè Executiu de l'ACNUR⁴⁴ (ExCom) assessora a l'Alt Comissionat de les Nacions Unides en l'exercici de les seves funcions. Les seves conclusions anuals s'inscriuen en el marc del règim internacional pel que fa a la protecció dels refugiats. Aquestes, es fonamenten en els principis que s'enuncien en la Convenció de Ginebra de 1951 i s'elaboren i adopten per consens en resposta als problemes de protecció específics⁴⁵.

3.2 Desenvolupament a nivell europeu

En l'àmbit europeu, considero important destacar la rellevància que ha pres el Conveni Europeu de Drets Humans, modificat per última vegada el juny del 2010, perquè tot i que no conté un reconeixement exprés del dret d'asil (no es va aconseguir el consens necessari) ha aconseguit obtenir un cert marc de "convencionalització" indirecte a través de la jurisprudència del Tribunal Europeu de Drets Humans en relació al principi de *non refoulement*⁴⁶ i del tracte dels sol·licitants d'asil amb els mateixos drets que els detinguts que es preveuen a l'art.5.4 del Conveni⁴⁷.

En l'àmbit de la Unió Europea hem de prendre especial consideració a la Carta de Drets Fonamentals de la Unió Europea. Aquesta sí preveu de manera expressa el dret d'asil, concretament a l'article 18, i també s'incorpora a l'article 78 del Tractat de Funcionament de la Unió Europea (d'ara endavant, TFUE). S'hi especifica de manera clara que la Unió

⁴² Dels 92 Estats presents a la Conferència únicament 4 van votar a favor de l'adopció d'una norma segons la qual els Estats s'obligaven a atorgar asil als perseguits per raons polítiques.

⁴³ GORTÁZAR ROTAECHE, Cristina J. "*Derecho de asilo y...*" op.cit. p.179-181

⁴⁴ Veure capítol IV, apartat 1 del present.

⁴⁵ *Guía sobre el derecho internacional de los refugiados*. Alto Comisionado de las Naciones Unidas y Unión Interparlamentaria. Publicación n° 2, en enero de 2003. [en línia] [<http://www.refworld.org/pdfid/42a021ef4.pdf>] [Consulta: 03/04/2015]

⁴⁶ Anàlisi al Cap. III d'aquest treball

⁴⁷ Art. 5.4 CEDH: "*Tota persona privada de la seva llibertat mitjançant detenció preventiva o internament tindrà dret a presentar un recurs davant un òrgan judicial, amb la finalitat de que es pronunciï en un breu termini sobre la legalitat de la seva privació de llibertat i ordeni la seva posada en llibertat si fos legal*"

vetllarà per un sistema comú d'asil en conformitat amb el Conveni de Ginebra i el Protocol de Nova York.

Fins ara ens hem estat referint a un àmbit de Drets Humans i Fonamentals, però tot seguit passarem a analitzar les etapes que podem diferenciar pel que fa a l'asil i refugi a la Unió Europea així com a l'evolució que ha tingut lloc a partir de l'entrada en vigor dels diferents Tractats.

El dret d'asil a la Unió Europea ha passat per tres etapes tal com explica ESCOBAR HERNANDEZ. Segons ella, la primera etapa, que arribaria fins el 1985 (quasi amb la promulgació de l'Acta Única Europea) es caracteritza bàsicament per la inadvertència del fenomen dels refugiats i del dret d'asil, probablement perquè la visió política en aquell moment, estava centrada en un procés d'integració únicament econòmica. La segona etapa aniria des de l'adopció de l'Acta Única Europea (1987) al Tractat de la Unió Europea (Maastricht-1992). Aquesta etapa es basa en la necessitat de regulació de la lliure circulació de persones en el mercat interior. Però durant aquest període també succeeix quelcom que suscita la necessitat d'apostar per una política d'acció comú. En matèria d'asil, aquests fets van ser l'increment de les sol·licituds d'asil als diferents Estats Membres, juntament amb el final de la guerra freda i la caiguda del mur de Berlín. La darrera etapa de la que ens parla ESCOBAR seria aquella compresa entre la vigència del Tractat de la Unió Europea (TUE) i l'anomenat tercer pilar (Justícia i Assumpte d'Interior –JAI-) on l'asil comença a prendre importància, i se'l comença a considerar una qüestió d'interès comú⁴⁸.

Tot i que ESCOBAR únicament parla d'aquestes 3 etapes hem de considerar que n'hi ha una de posterior⁴⁹. Aquesta quarta etapa seria aquella caracteritzada no només per considerar-se la matèria d'asil un tema d'interès comú sinó a més pel treball que realitza la UE en regular-ho com tal. Podem considerar que aquesta etapa pren consistència amb el Programa de Tampere 1999 i la voluntat de la UE de crear un Sistema Europeu Comú d'Asil.

D'aquesta manera, el Consell Europeu, reunit a Tampere el 15 i 16 d'octubre de 1999, estableix que un dels objectius pels quals s'havia de treballar era la creació d'un sistema sobre l'asil que fos comú i que es basés fonamentalment en l'harmonització d'uns estàndards mínims i en el reconeixement dels actes d'un Estat Membre pels altres Estats Membres. Es preveia que, a curt termini, s'hauria de normativitzar de manera comuna un

⁴⁸ ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción. *La regulación del asilo en el ámbito comunitario antes del Tratado de la Unión Europea: El Convenio de Dublín y el Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen*. Madrid: Ministerio de Asuntos Sociales, 1995.

⁴⁹ Relacionada amb el que explico a la p. 11, 2n paràgraf.

procediment d'asil que fos realment just i eficaç, així s'intentaria crear una normativa comuna pel que fa a l'acollida dels sol·licitants d'asil, i també, l'aproximació de les normes pel que fa al reconeixement i contingut de l'Estatut del Refugiat. En relació a les previsions a llarg termini, es pretenia que aquesta normativa comunitària desemboqués amb un procediment comú d'asil i amb un estatut uniforme, vàlid en tota la Unió, per a les persones a les que es concedia l'asil⁵⁰. Mesos abans de que el Consell Europeu es reunís a Tampere, va entrar en vigor el Tractat d'Amsterdam. Aquest fet és rellevant perquè el Tractat d'Amsterdam va concedir a les institucions de la Unió Europea noves competències per tal de que a posteriori, tal i com deia, es pogués elaborar una legislació en matèria d'asil⁵¹.

A partir d'aquest moment es va iniciar una primera fase de la creació del Sistema Europeu Comú d'Asil, concretament la Comissió Europea va començar a treballar en els procediments d'asil, i va presentar un any després propostes legislatives que van suposar ser les primeres en referència a aspectes processals⁵².

L'any 2001 va entrar en vigor el Tractat de Niça. Tractat que ens és rellevant per diferents qüestions. Una d'elles és que va instar al Consell a prendre mesures pel que fa als criteris i mecanismes de determinació de l'Estat Membre responsable de l'examen d'una sol·licitud d'asil presentada en un dels Estats Membres per un nacional d'un tercer país. Alhora el va instar també a que es prenguessin una sèrie de normes mínimes pel que fa a l'acollida dels sol·licitants d'asil, els procediments a seguir o en relació al propi Estatut dels Refugiats.

El novembre de 2004 el Consell Europeu va aprovar el Programa de la Haia on va establir que abans de l'any 2010 s'havien d'aprovar els instruments i les mesures de la segona fase (2005-2010) en relació a l'asil. En aquest Consell Europeu es demanava als Estats que possessin en pràctica tot allò estipulat a la primera fase sense cap tipus de demora. Tot i això, a l'any 2007 la Comissió va publicar en el seu Llibre Verd⁵³ que la primera fase no s'havia completat de la manera que s'esperava, així que instava als Estats a adoptar certes reformes per tal d'aconseguir els objectius que s'havien acordat. Així mateix la Comissió va

⁵⁰ PARLAMENT EUROPEU. *Consell Europeu de Tampere 15 i 16 d'octubre de 1999. Conclusions de la Presidència*. [en línia]

[http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm#a] [Consulta: 23/03/2015]

⁵¹ PARLAMENTO EUROPEO. *Fichas técnicas sobre la Unión Europea-2015*. [en línia]

[http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU_5.12.2.pdf] [Consulta: 22/03/2015]

⁵² MUÑOZ AUNIÓ, Antonio. *La política común europea del derecho de asilo*. València: Tirant lo Blanch, 2006, p. 141.

⁵³ COMISSIÓ EUROPEA. *Llibre verd sobre el futur sistema comú d'asil*. Juny 2007

[http://ec.europa.eu/green-papers/index_es.htm#2007] [Consulta: 10/02/2015]

presentar un Pla de Política d'Asil per tal de completar la que es considerava la segona fase del Sistema Europeu Comú d'Asil.

Un any revolucionari pel que fa a l'asil és el 2009 quan va entrar en vigor el Tractat de Lisboa. Això va suposar una autèntica innovació al transformar l'asil en política comuna. A partir d'aquest moment doncs, l'objectiu a aconseguir ja no era el simple establiment d'uns estàndards mínims, sinó també la creació d'un autèntic sistema comú que inclogués estatuts i procediments uniformes⁵⁴. Amb el Tractat també es millora el control judicial realitzat pel Tribunal de Justícia de la Unió Europea, ja que a partir d'aquell moment podran presentar una qüestió prejudicial totes les jurisdiccions d'un Estat Membre. D'aquesta manera, s'elimina la limitació de que només ho poguessin fer els òrgans jurisdiccionals nacionals les decisions dels quals no podien ser objecte de recurs judicial en el dret intern. Un altre aspecte important que va ser conseqüència del Tractat de Lisboa, va ser la introducció del principi de solidaritat i de la repartició equitativa de la responsabilitat. Conceptes que s'havien de tenir en compte al adoptar actes en matèria d'asil per tal de prendre mesures en aplicació d'aquest principi, el qual va quedar regulat a l'article 80 del TFUE⁵⁵.

En el 2009, el Consell Europeu aprova el Programa d'Estocolm, on s'impulsa de nou la creació del sistema d'asil i s'estableixen nous objectius a assolir abans del 2014. Aquest Programa intenta promoure una solidaritat veritable i sòlida amb els Estats Membres sotmesos a pressions específiques, i destaca també, la rellevant tasca⁵⁶ que ha de portar a terme la Oficina Europea de Suport a l'Asil⁵⁷(EASO).

Finalment el Parlament Europeu conjuntament amb el Consell Europeu van aprovar el 12 de juny de 2014 el nou Sistema Europeu Comú d'Asil. Aquest conjunt de normes fixen els procediments i terminis comuns pel tractament de les diferents sol·licituds d'asil, introdueix els requisits mínims d'acollida i posa fi a les transferències de sol·licitants d'asil a Estats Membres que no puguin garantir unes condicions de vida dignes⁵⁸.

⁵⁴ Els elements que havia d'incloure eren: un estatut uniforme d'asil; un estatut uniforme de protecció subsidiària; un sistema comú de protecció temporal; procediments comuns per concedir o retirar l'estatut uniforme d'asil o la protecció subsidiària; criteris i mecanismes per determinar l'Estat Membre responsable d'examinar una sol·licitud; normes relatives a les condicions d'acollida; i, l'associació i cooperació amb tercers països.

⁵⁵ LÓPEZ-ALMANSA BEAUS, Elena. *Libertad de circulación, asilo y refugio en la Unión Europea*. València. Tirant lo Blanch, 2014. p. 52 i 53.

⁵⁶ Veure capítol V apartat 3

⁵⁷ PARLAMENTO EUROPEO. *Fichas técnicas sobre la Unión Europea-2015*. [http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU_5.12.2.pdf] [Consulta: 22/03/2015]

⁵⁸ El Parlament Europeu i l'aprovació del sistema comú d'asil [<http://www.accem.es/ca/parlamento-europeo-aprueba-el-sistema-comun-de-asilo-a667>] [Consulta: 24/03/2015] [Consulta: 23/03/2015]

3.2.1 El sistema europeu comú d'asil: la seva normativa i el principi de *non-refoulement*

La protecció internacional no és només una qüestió de seguretat, sinó també de respecte als drets humans, inclosos els drets humans socioeconòmics, de manera que les condicions de recepció han de preveure mesures adequades pel que fa a la subsistència i representar així un requisit per tal de tenir un procediment d'asil equitatiu i eficaç⁵⁹.

La UE ha treballat des de 1999 en la creació d'un Sistema Europeu Comú d'Asil i en la millora del marc legislatiu vigent. S'han acordat un conjunt de rigoroses normes comunes i reforç als procediments de cooperació per a garantir als sol·licitants d'asil la igualtat de tracte en un sistema just i transparent, amb independència del lloc on presentin la seva sol·licitud.

3.2.1.1 Directiva 2013/32/UE sobre procediments d'asil

Aquesta Directiva sobre procediments d'asil fixa les normes de tot procediment a seguir un cop es fa una sol·licitud d'asil.

La primera Directiva en relació als procediments va ser la Directiva 2005/85/CE del Consell, d'1 de desembre de 2005 sobre normes mínimes pels procediments que han d'aplicar els Estats membres per a concedir o retirar la condició de refugiat⁶⁰. Aquesta, en el moment de la seva adopció era el mínim denominador comú entre els Estats Membres, però tal com es va veure a posteriori, moltes de les seves disposicions eren massa imprecises i les excepcions permetien als Estats membres mantenir les seves pròpies normes tot i que no arribessin al nivell mínim acordat.

És per aquest motiu que es va seguir treballant pel que fa als procediments d'asil per tal d'aconseguir una normativa que eliminés les mancances que tenia l'anterior. Així, el 26 de juny de 2013 s'aprova la Directiva 2013/32/UE del Parlament Europeu i del Consell sobre procediments comuns per a la concessió la retirada de

⁵⁹ MUÑOZ AUNIÓ, Antonio. La política común europea del derecho de asilo. València: Tirant lo Blanch, 2006, p.145

⁶⁰ Directiva 2005/85/CE del Consell, d'1 de desembre de 2005, sobre normes mínimes per als procediments que han d'aplicar els Estats membres per a concedir o retirar la condició de refugiat.

la protecció internacional (aplicable des del 21 de juny de 2015)⁶¹. Aquesta és molt més precisa i crea un sistema més coherent que garanteix l'adopció de decisions més justes i eficaces en matèria d'asil, així com l'examen de les sol·licituds per tots els Estats membres conforme a criteris comuns molt rigorosos.

3.2.1.2 Directiva 2013/33/UE sobre condicions d'acollida

Aquesta Directiva pretén garantir unes condicions d'acollida humanitàries, iguals a tota la UE i en respecte als drets fonamentals d'aquells que en siguin interessats. D'igual manera regula la detenció com a últim recurs aconseguint així que no s'utilitzi com a una eina més.

La primera Directiva sobre condicions d'acollida es va aprovar el 27 de gener de l'any 2003 pel Consell⁶². Aquesta directiva contemplava la provisió de determinades condicions d'acollida als sol·licitants d'asil mentre esperen que s'estudiï la seva sol·licitud. A més, assegura l'accés dels sol·licitants a l'allotjament, assistència sanitària, alimentació i treball, així com atenció mèdica i psicològica. Aquesta Directiva es va aprovar degut a l'existència d'una considerable divergència en les pràctiques entre els diferents Estats membres que existia en el passat. Aquesta diferència desembocava en unes condicions d'acollida que no eren suficients pel aquells que sol·licitaven asil.

A posteriori es va aprovar la Directiva 2013/33/UE⁶³ que pretenia assegurar unes normes d'acollida millors i més harmonitzades en tota la Unió Europea. Aquí es van adoptar, per primera vegada, disposicions comunes detallades sobre la detenció dels sol·licitants d'asil per tal de que el respecte dels seus drets fonamentals quedessin respectats.

Concretament en aquesta directiva s'inclou una llista on es detalla de manera exhaustiva els motius de detenció, així com una restricció pel que fa a aquelles persones vulnerables, particularment els menors. Aquesta també inclou la obligació per part de les autoritats de portar a terme una avaluació individual per a determinar

⁶¹ Directiva 2013/32/UE del Parlament Europeu i del Consell, de 26 de juny de 2013, sobre procediments comuns per a la concessió o la retirada de la protecció internacional (refosa)

⁶² 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

⁶³ Directiva 2013/33/UE del Parlament Europeu i del Consell, de 26 de juny de 2013, per la que s'aproven normes per a l'acollida dels sol·licitants de protecció internacional (refosa) (aplicable des del 21 de juny de 2015)

les necessitats especials d'acollida de les persones vulnerables. A més s'afegeix el dret dels sol·licitants d'asil de poder tenir accés al mercat de treball en un termini màxim de nou mesos.

3.2.1.3 Directiva 2011/95/UE sobre requisits

Va ser un dels primers passos d'harmonització del Sistema Europeu Comú d'Asil. La primera normativa específica sobre requisits la trobem a la Directiva 2004/83/CE de 29 d'abril de 2004⁶⁴, la qual especifica els motius que donen lloc a la concessió de protecció internacional. A més, s'hi recullen una sèrie de drets en matèria de permisos de residència, documents de viatge, accés al treball, a l'allotjament i als instruments d'integració, així com disposicions específiques pels menors i persones vulnerables.

El problema és que les normes mínimes d'aquesta Directiva eren realment molt imprecises, la qual cosa provocava que es perpetuessin les divergències en la legislació i les pràctiques nacionals d'asil. Les possibilitats de que una persona obtingués protecció internacional variaven extraordinàriament en funció de l'Estat membre que tramités la sol·licitud.

Degut a això, s'aprova una nova Directiva que modifica l'anterior⁶⁵. Aquesta nova Directiva contribuirà a millorar la qualitat del procediment decisor i assegurarà que els qui fugen de la persecució, la guerra i la tortura siguin tractats de manera justa i sobretot garantint la igualtat de tracte. A més, aclareix els motius que donen lloc a la concessió de protecció internacional i condueix a l'adopció de decisions més sòlides, el que augmenta l'eficàcia del procediment d'asil i millora la prevenció del frau, a part d'assegurar la coherència amb les resolucions dels tribunals europeus. Aquesta darrera normativa assegura que es tinguin més en compte els interessos dels menors i els aspectes de gènere en l'avaluació de les sol·licituds d'asil i en l'aplicació de les normes sobre el contingut de la protecció internacional.

⁶⁴ Directiva 2004/83/CE del Consell, de 29 d'abril de 2004, per la que s'estableixen normes mínimes relatives als requisits per al 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.

⁶⁵ Directiva 2011/95/UE del Parlament Europeu i del Consell, de 13 de desembre de 2011, per la que s'estableixen normes relatives als requisits per al reconeixement de nacionals de tercers països o apàtrides com a beneficiaris de protecció internacional, a un estatut uniforme per als refugiats o per a les persones amb dret a protecció subsidiària i al contingut de la protecció concedida (refosa) (aplicable des de 21 de desembre de 2015)

Qüestió d'especial rellevància pel que fa al tema que ens ocupa és que ja la Directiva sobre requisits de 2004 recollia una sèrie de drets en matèria de no devolució. Aquests drets s'han mantingut a la Directiva del 2011 on de manera específica, en el seu article 21⁶⁶ es fa referència a la protecció contra la devolució i al respecte que han de tenir els Estats membres al *non-refoulement*. A més en el mateix capítol IV de la Directiva s'especifica de manera explícita que els drets que allà es regulin no afectaran als regulats en la Convenció de Ginebra, de manera que ens trobem davant una doble protecció de la Directiva 2011/95/UE en relació al principi de *non-refoulement*.

Si bé és important tenir en compte que el capítol IV, on es troba concretament l'article 21 de la Directiva (*non-refoulement*), fa referència als refugiats i a les persones amb dret a la protecció subsidiària, de manera que no es fa menció expressa als sol·licitants d'asil. Tot i això en el seu article 20.1 s'expressa la no afecció per la Directiva a la Convenció de Ginebra, de manera que com que es fa una interpretació de la Convenció que inclou els sol·licitants d'asil, podem entendre que la Directiva, tot i no mencionar-los de manera expressa, també els inclou. En definitiva, entenem que la Directiva inclou el *non-refoulement* per als sol·licitants d'asil fins a la resolució de la seva sol·licitud⁶⁷.

3.2.1.4 El Sistema de Dublín (Reglament 604/2013 del Parlament Europeu i del Consell) i el Sistema EURODAC (Reglament 603/2013 del Parlament Europeu i del Consell)

El sistema Dublín va ser reconegut en el Programa d'Estocolm pel Consell Europeu com a la pedra angular en la construcció del Sistema Europeu Comú d'Asil. Aquest Reglament estableix les regles per a determinar l'Estat responsable de l'examen d'una sol·licitud d'asil, i té en compte el primer país d'entrada a la UE, la possessió de visats o permisos de residència i vincles familiars. Així doncs,

⁶⁶ Article 21 de la Directiva 2011/95/UE de 13 de desembre de 2011: “1. Els Estats membres respectaran el principi de no devolució d'acord a les seves obligacions internacionals. 2. Quan no estigui prohibit per les obligacions internacionals mencionades en l'apartat 1, els Estats membres podran retornar, a un refugiat, reconegut formalment o no, si: a) existeixen motius raonables per considerar que aquesta persona constitueix un perill per a la seguretat de l'Estat membre en el que es troba, o b) havent estat condemnat per sentència ferma per un delictes d'especial gravetat, constitueix un perill per a la comunitat de tal Estat membre. 3. Els Estats membres podran revocar o posar fi al permís de residència, o negar-se a renovar-lo o a concedir-lo a un refugiat al que se li apliqui l'apartat 2”.

⁶⁷ Veure cap. III apartat 3: Aplicació als sol·licitants d'asil.

EL PRINCIPI DE NON REFOULEMENT I LA SEVA INSERCIÓ EN EL DRET DE LA UE

L'objectiu és el d'evitar que els sol·licitants d'asil siguin reenviats d'un país a un altre o de que s'abusi del sistema i un únic estranger presenti diverses sol·licituds d'asil en diferents països de la Unió.

Aquest Reglament s'aplica a tots els Estats membres de la UE, així com a Islàndia, Noruega, Suïssa i Liechtenstein⁶⁸.

El principi essencial del Reglament de Dublín⁶⁹ implica que la responsabilitat d'examinar les sol·licituds recaigui en l'Estat membre que hagi portat a terme el paper més rellevant en l'entrada o residència del sol·licitant en la UE. Els criteris per a determinar la responsabilitat varien, per ordre jeràrquic, des de les consideracions familiars a la possessió recent d'un visat o permís de residència en un Estat membre, o a les circumstàncies d'entrada del sol·licitant en la UE. Més endavant es va veure que aquest sistema Dublín mancava de certs aspectes que van generar que hi hagués la necessitat d'abordar amb més atenció les situacions que imposaven una especial pressió a les capacitats d'acollida i els sistemes d'asil dels Estats membres.

És per això que es va procedir a modificar aquest Reglament per un nou Reglament Dublín⁷⁰. Es buscava l'aprovació d'un nou Reglament que confirmés els principis que tenia l'anterior, però alhora, que fes les millores necessàries, ara un cop vista l'experiència, per tal de que aquest sistema fos realment eficaç. Per tant, es pretenia que contingués procediments fiables de protecció dels sol·licitants d'asil i augmentés l'eficàcia del sistema gràcies a diferents mesures. Entre aquestes podem destacar la obligació de realitzar una entrevista personal als sol·licitants; l'establiment d'una causa única de detenció en cas de risc de fuga juntament amb una estricta limitació d'aquesta detenció; o, un augment de la claredat jurídica dels procediments entre Estats membres, el procediment Dublín no pot, en principi, estendre's més d'onze mesos.

⁶⁸ ACNUR. *Los medios de comunicación y las personas refugiadas*.

[http://acnur.es/PDF/folletomedios2014_final_241014_20141112113618.pdf] [Consulta: 15/04/2015]

⁶⁹ Reglament (CE) n° 343/2003 del Consell, de 18 de febrer de 2003, pel que s'estableixen els criteris i mecanismes de determinació de l'Estat membre responsable de l'examen d'una sol·licitud d'asil presentada a un dels Estats membres per un nacional d'un tercer país.

⁷⁰ Reglament (UE) n° 604/2013 del Parlament Europeu i del Consell, de 26 de juny de 2013, pel que s'estableixen els criteris i mecanismes de determinació de l'Estat membre responsable de l'examen d'una sol·licitud de protecció internacional presentada en un dels Estats membres per un nacional d'un tercer país o apàtrida (refosa) (aplicable des de l'1 de gener de 2014)

Pel que fa al tema del treball que ens ocupa (el principi del *non-refoulement*), ens és important destacar en aquest punt, que el Reglament Dublín dispensa una major protecció als sol·licitants d'asil en quan a la devolució d'aquests al seu país de residència. Fins el moment els sol·licitants d'asil podien ser en alguns casos considerats immigrants irregulars i eren retornats al seu lloc d'origen en funció de la Directiva sobre retorn⁷¹. De fet, el Reglament de Dublín II donava als Estats membres la possibilitat d'enviar, segons el seu dret nacional (per tant no era comú a tota la Unió), d'enviar a un sol·licitant d'asil a un tercer país amb el límit del respecte de la Convenció de Ginebra. En canvi, amb el nou Reglament Dublín desapareix aquesta disparitat entre els Estats ja que deixa d'existir el fet de poder-se basar en el dret nacional. Ara els Estats hauran de complir sempre, en cas d'enviament d'un sol·licitant a un tercer país, els drets i garanties que ofereix la Directiva 2013/32/UE⁷² la qual és més específica i beneficiosa pels sol·licitants que la Convenció de Ginebra. A més, en el nou Reglament s'especifica de manera clara, cosa que no es feia abans, que aquest tercer país, havia de ser un tercer país segur. La qual cosa implica un treball extra per part dels països remitents d'assegurar-se que el país de destí compleix certes garanties i drets. En definitiva, el nou Reglament de Dublín els hi confereix major protecció.

El Reglament EURODAC és una mesura més per tal d'establir el Sistema Europeu Comú d'Asil. EURODAC neix de la possibilitat de que els diferents serveis nacionals que tenen funcions coercitives, en determinades circumstàncies, efectuïn controls d'empremtes dactilars comparant-les amb la base de dades EURODAC per tal de prevenir i lluitar contra els delictes greus.

Cecilia Malmström, ex comissaria europea d'assumptes d'interior, explicava en referència a EURODAC, que s'havien introduït certes garanties per tal de protegir els drets fonamentals i la intimitat, igual que per a garantir que el dret d'asil no resultés afectat sota cap concepte.

EURODAC va ser el primer instrument adoptat en l'àmbit de l'asil (Reglament 2725/2000/CE), va néixer per treballar en col·laboració amb el Sistema de Dublín mitjançant la identificació dels nacionals de tercers països que normalment no solen tenir documents d'identitat. A posterior s'ha anat veient que EURODAC era útil

⁷¹ Directiva 2008/115/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 16 de desembre de 2008 relativa a normes i procediments comuns en els Estats membre per el retorn dels nacionals de tercers països en situació irregular

⁷² Directiva 2013/32/UE del Parlament Europeu i del Consell, de 26 de juny de 2013, sobre procediments comuns per a la concessió o la retirada de la protecció internacional. Veure apartat 1 dins del Sistema Europeu comú d'asil (cap. II, apartat 3.2.1.1)

també alhora d'ajudar a determinar l'Estat membre responsable de la sol·licitud d'asil en front als abusos, ja que evita la presentació de diverses sol·licituds per part d'una mateixa persona en diferents Estats membres⁷³.

Així doncs, podem dir que el Sistema Eurodac, el que pretén és ajudar als Estats membres de la UE a determinar el país responsable d'examinar una sol·licitud d'asil mitjançant una base de dades de recollida i comparativa d'impressions dactilars. Quan algú presenta una sol·licitud d'asil en qualsevol país de la UE, les seves impressions dactilars es transmeten al sistema central Eurodac, programa informàtic que ha demostrat la seva utilitat des de que va introduir a l'any 1993. El problema que suscitava aquest reglament⁷⁴ i que precisava de modificació actualitzadora era que s'havien de reduir els terminis de la transmissió de la informació per alguns Estats membres, resoldre certes qüestions de protecció de dades i contribuir a la lluita contra el terrorisme i els delictes greus.

Així, es va aprovar el Reglament n° 603/2013 del Parlament Europeu i del Consell, de 26 de juny de 2013⁷⁵, que fixa nous terminis per a la transmissió de dades sobre impressions dactilars i això suposa una reducció del temps que transcorre entre la presa d'impressions i el seu enviament a la central d'Eurodac, a més d'un ajustament als requisits pel que fa a protecció de dades i és totalment compatible amb la legislació més recent en matèria d'asil. És important recalcar la vinculació de dades d'Eurodac amb les investigacions criminals, la qual cosa ajuda a un millor control i prevenció, detecció i investigació de delictes greus i terrorisme.

⁷³ Comissió Europea. Comunicat de premsa. [http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-522_es.htm] [Consulta: 15/05/2015]

⁷⁴ Reglament (CE) n° 2725/2000 del Consell, d'11 de desembre del 2000, relatiu a la creació del sistema "Eurodac" per a la comparació de les impressions dactilars per a l'aplicació efectiva del Conveni de Dublín.

⁷⁵ Reglament (UE) n° 603/2013 del Parlament Europeu i del Consell, de 26 de juny de 2013, relatiu a la creació del sistema "Eurodac" per a la comparació de les impressions dactilars per a l'aplicació efectiva del Reglament (UE) n° 604/2013, pel que s'estableixen els criteris i mecanismes de determinació de l'Estat membre responsable de l'examen d'una sol·licitud de protecció internacional presentada en un dels Estats membres per un nacional d'un tercer país o un apàtrida, i les sol·licituds de comparació amb les dades Eurodac presentades pels serveis de seguretat dels Estats membres i Europol a efectes d'aplicació de la llei, i pel que es modifica el Reglament (UE) N° 1077/2011, pel que es crea una agència europea per a la gestió operativa de sistemes informàtics de gran magnitud en l'espai de llibertat, seguretat i justícia (refosa) (aplicable des del 20 de juliol de 2015).

III. EL MARC INSTITUCIONAL PER VETLLAR PER LA PROTECCIÓ DELS REFUGIATS

1. ALT COMISSIONAT DE LES NACIONS UNIDES PER ALS REFUGIATS (ACNUR)

La Organització de les Nacions Unides és una institució que va néixer de forma oficial el 24 d'octubre de 1945. Aquest dia va ser quan la majoria dels 51 Estats Membres signataris del document fundacional de la Organització, la Carta de la ONU, la van ratificar. Actualment parlem de que les Nacions Unides compten amb un nombre de 193 Estats els quals en són membres. Aquests Estats estan representats en l'Assemblea General, que és l'òrgan deliberant de la Organització. La seu de les Nacions Unides es troba a Nova York.

Les Nacions Unides poden prendre mesures sobre diferents temes que afecten a la humanitat degut al seu caràcter internacional i a les facultats que la pròpia Carta li confereix. Aquests temes, característics del segle XXI, poden ser aquells relacionats amb la pau i la seguretat, el canvi climàtic, el desenvolupament sostenible, els drets humans, el desarmament, el terrorisme, les emergències humanitàries i de salut, la igualtat de gènere, entre d'altres.

El sistema de les Nacions Unides està format per la pròpia Organització i nombroses organitzacions afiliades conegudes com a programes o agències especialitzades, entre les quals trobem l'agència de l'Alt Comissionat de les Nacions Unides per als Refugiats (ACNUR)⁷⁶.

1.1 Antecedents, creació i consolidació de l'ACNUR

Tal com he comentat anteriorment⁷⁷, la qüestió dels refugiats comença a inquietar a la Comunitat Internacional a partir dels desplaçaments que es produeixen a Europa a partir de la Segona Guerra Mundial. Podem assenyalar que aquesta va acabar el 2 de setembre de

⁷⁶ Web de les Nacions Unides [<http://www.un.org/es/sections/about-un/overview/index.html>] [Consulta: 09-04-2015]

⁷⁷ Capítol II del present treball.

1945 amb la firma de la rendició de Japó⁷⁸. Poc després d'aquest fet, la Societat de Nacions va crear la Organització Internacional per als Refugiats (OIR), un organisme especialitzat no permanent, que tenia la finalitat de protegir a aquells refugiats que s'originessin en el període de entre guerres, principalment com a conseqüència dels règims soviètic i nazi⁷⁹. Però no va ser fins el 15 de desembre de 1946 que l'Assemblea General de les Nacions Unides va aprovar la constitució de la Oficina Internacional de Refugiats, i en menys d'un any, concretament l'1 de juliol de 1947 va començar a funcionar amb la idea de que el 30 de juny de 1950 hagués completat ja la seva tasca. Aquesta Oficina s'encarregava de protegir i buscar un lloc per acollir a un gran nombre de refugiats i alhora, repatriant-ne d'altres. De fet, tot i que l'OIR es va crear amb la finalitat d'ajudar als refugiats europeus, va ser el primer organisme internacional que va abordar de manera exhaustiva tots els aspectes relatius a la qüestió dels refugiats, de manera que les seves funcions abastaven tan la repatriació, la seva identificació, el seu registre i classificació, la seva atenció i assistència, la seva protecció legal i política, el seu transport, "recol·locació" i la seva reinserció⁸⁰.

Reconeixent que la protecció internacional dels refugiats seguia essent un dels temes a tractar per les Nacions Unides, es va decidir, un cop acabades les tasques de l'OIR, anomenar un Alt Comissionat de les Nacions Unides per als Refugiats (ACNUR)⁸¹. Aquest organisme es va establir el 14 de desembre de 1950 per resolució 428 (V) de la Assemblea General (on en el seu Annex hi figura la Constitució de l'ACNUR) i va començar amb les seves activitats l'1 de gener de 1951. ACNUR apareix amb la finalitat de que fos l'encarregada per part de l'Assemblea General de proporcionar protecció internacional als refugiats. De manera més concreta, es pretenia que ACNUR s'encarregués de buscar solucions ràpides i eficaces als seus problemes, i alhora, que estudiés quines solucions podien eliminar el problema des de l'arrel. A més, la oficina de l'ACNUR és l'encarregada de promoure la conclusió de textos internacionals en matèria de refugiats i supervisar-ne la correcte aplicació⁸².

En el moment de creació de l'ACNUR la idea era que aquesta oficina fos provisional per un període de 3 anys. És a dir, es va limitar, en un principi, l'existència de l'ACNUR perquè es considerava que amb aquests 3 anys seria suficient per solucionar el problema que preocupava aleshores i pel qual es va crear l'oficina: un milió i mig de refugiats

⁷⁸ La firma es va realitzar a Missouri. [<http://www.claseshistoria.com/2guerramundial/final-japon.html>] [Consulta: 9/03/2015]

⁷⁹ GORTÁZAR ROTAECHE, Cristina J. *Derecho de asilo y ...* op. cit. p. 166

⁸⁰ *La situación de los refugiados en el mundo 2000* [<http://www.acnur.org/publicaciones-SRM/cap12.php>] [Consulta 09-04-2015]

⁸¹ Res. 319 (IV), de l'Assemblea General de 3 de desembre de 1949

⁸² PÉREZ BEVIA, José Antonio, *La determinación del Estatuto ...* op.cit. p. 182

desemparats. De fet, quan es va fundar, l'ACNUR actuava bàsicament a Europa, on els països que concedien asil als refugiats, prestaven, com a regla general, assistència material. Més tard, quan els països en desenvolupament van començar a veure's confrontats amb nombrosos problemes de refugiats, ACNUR amb el recolzament de la Comunitat Internacional, va brindar assistència material juntament amb protecció als refugiats d'aquests països.⁸³ És per la realització d'aquesta tasca tan important i necessària, que ACNUR encara avui existeix, i això és degut a que s'ha anat renovant successivament el seu període, limitat d'un començament, de manera que avui segueix portant a terme un paper insubstituïble en la protecció dels refugiats⁸⁴.

1.2 Competències i tasques de l'ACNUR

Tal com he anat esmenant, les competències i funcions de l'ACNUR són varies ja que s'han anat ampliant a mida que el programa de la ONU anava realitzant la seva tasca principal i general de protecció dels refugiats.

ACNUR treballa per a protegir als refugiats però a qui considera ACNUR refugiat? Doncs bé, a l'Estatut de l'ACNUR, que figura en l'Annex de la Resolució de l'Assemblea General que creava al Programa⁸⁵, en el seu paràgraf 6, a més de reconèixer com a refugiats a les persones a les quals els hi correspongués aquesta qualitat conforme a instruments jurídics internacionals anteriors, els anomenats refugiats "estatutaris", estableix també que l'Alt Comissionat tindrà competència respecte a "*Qualsevol persona que, com a resultat de fets ocorreguts abans de l'1 de gener de 1951 i degut a temors fonamentats de ser perseguida per motius de raça, religió, nacionalitat o opinió política, es trobi fora del país de la seva nacionalitat i no pugui, o a causa de tals temors o de raons que no siguin de mera conveniència personal, no vulgui acollir-se a la protecció d'aquest país, o que, pel fet de no tenir nacionalitat i estar fora del país on abans tenia residència habitual, no pugui o, a causa de tal temors o de raons que no siguin de mera conveniència personal, no vulgui retornar a ell*"⁸⁶. En conseqüència, tota persona que respongui als criteris establerts en el paràgraf 6 de l'Estatut, sempre que no estigui exclosa en virtut del paràgraf 7, reunirà les condicions necessàries per rebre la protecció de l'ACNUR, independentment de que es trobi

⁸³ *Guía sobre el derecho internacional de los refugiados*. op. cit. Capítol 1.

⁸⁴ GORTÁZAR ROTAECHE, Cristina J. *Derecho de asilo y ...* op. cit. p. 167

⁸⁵ Resolució 428 (V) de la Assemblea General de 14 de desembre de 1950.

⁸⁶ *Estatut de l'Alt Comissionat de les Nacions Unides per al Refugiat*. Adoptat per la Assemblea General en la seva resolució 428 (V), de 14 de desembre de 1950

[<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0004>]

[Consulta: 10/03/2015]

o no en un país que sigui part de la Convenció de Ginebra o de que el seu país d'acollida li hagi reconegut o no la condició de refugiat⁸⁷. El paràgraf 7 de l'Estatut, tal com mencionava, esmena aquelles persones que no es consideraran compreses en el paràgraf 6 i que per tant no formaran part d'aquelles les quals gaudeixen de la protecció de l'ACNUR. Aquestes persones excloses seran: aquella que tingui més d'una nacionalitat⁸⁸; aquella a les quals les autoritats competents del país en què hagi fixat la seva residència reconeixin els drets i imposin les obligacions inherents a la possessió de la nacionalitat de tal país; aquella persona que continuï rebent protecció o assistència d'altres òrgans o organismes de les Nacions Unides; o aquella respecte la qual existeixin motius fonamentats per creure que ha comès un dels delictes especificats en l'art. VI de l'Estatut del Tribunal Militar Internacional⁸⁹ aprovat a Londres o en les disposicions del paràgraf 2 de l'article 14 de la Declaració Universal dels Drets de l'Home.

Pel que fa a les tasques d'ACNUR, tot i que la seva principal funció és la de prestar protecció als refugiats, sovint l'assistència contribueix a que un país accepti refugiats, d'aquesta manera s'alleugereix la càrrega financera. S'ha de tenir en compte que tot i que els refugiats necessiten una bona protecció jurídica, és essencial que tinguin cobertes les seves necessitats bàsiques (allotjament, medicaments, higiene, aigua, aliments,...), és per això que l'ACNUR realitza també tasques d'assistència, coordinant el subministrament i distribució de l'ajuda i traça projectes per dones, nens i gent gran⁹⁰.

A nivell Internacional ACNUR promou acords internacionals sobre refugiats i vetlla perquè els governs respectin el dret internacional dels refugiats. A més, el personal de la organització treballa pel dret dels refugiats entre totes les persones que actuen en l'àmbit de protecció dels refugiats, tal com podrien ser els oficials de frontera, els periodistes, les ONG, els advocats, els jutges o els alts funcionaris governamentals.

Pel que fa a nivell local, el personal de l'ACNUR realitzen una gran varietat d'activitats per assolir el seu fi de protecció dels refugiats. Aquestes activitats són per exemple la de respondre a situacions d'emergència, reinstal·lant els campaments de refugiats lluny de les zones frontereres per millorar les condicions de seguretat, garantint que les dones refugiades participin en la distribució d'aliments i serveis socials en el seu país d'origen per que puguin

⁸⁷ PÉREZ BEVIA, José Antonio, *La determinación del Estatuto...* op.cit. p. 183

⁸⁸ A no ser que es donin en ella les condicions fixades en el paràgraf 6 respecte a cadascun dels països dels quals sigui nacional.

⁸⁹ Estatut del Tribunal Militar Internacional, firmat el 8 d'agost de 1945 a Londres [http://www.cruzroja.es/dih/pdf/estatuto_del_tribunal_militar_internacional_de_nuremberg.pdf]

⁹⁰ Són els grups més afectats i suposen el 80% de la població refugiada segons dades d'ACNUR. (*Guía sobre el derecho internacional de los refugiados*. op. cit. p. 31)

prendre una decisió fonamentada en quan al seu retorn, documentant les necessitats de “recol·locació” en un segon país, visitant centres de detenció, assessorant els governs, etc⁹¹.

Si ens centrem amb la feina que ACNUR realitza a Europa, aquesta no és homogènia a tot el continent, sinó que és bastant divergent degut a l'existència d'uns marcs legals molt diferenciat entre els diferents països que en formen part.

Tot i les millores que hi ha hagut a Europa amb la creació del Sistema Europeu Comú d'Asil, ACNUR encara treballa amb els sistemes d'asil d'alguns dels països de la regió, amb les dificultats per accedir al territori de la Unió i principalment amb les violacions contínues al principi de *non-refoulement*.

Les prioritats actuals d'ACNUR pel que fa a la zona europea, és garantir un espai d'asil, això comporta assegurar l'accés al territori, proporcionar recolzament als menors no acompanyats i promoure polítiques que siguin adequades en matèria d'igualtat de gènere. Posant especial èmfasis pel que fa a la protecció dels sol·licitants d'asil i els nombres de refugiats en alta mar. Cada vegada més augmenten el nombre de refugiats que arriben des d'altres països per mar als països del sud d'Europa, la qual cosa ha provocat moltes morts de manera que ACNUR vol col·laborar amb els Estats per tal de garantir que es proporcioni un accés a procediments d'asil justos i efectius per tal de minimitzar aquesta pèrdua de vides constant.

Per tal de crear un sistema de protecció i asil efectiu, ACNUR treballa per la creació d'un sistema judicial, on mitjançant la col·laboració dels Tribunals, aquest sigui constant i coherent amb la situació real dels refugiats que viu Europa. Així, i per tal de que aquesta col·laboració sigui bidireccional, ACNUR seguirà realitzant observacions sobre la situació de l'asil i de les persecucions en determinats països, de manera que les millores que es realitzin no siguin només teòriques sinó també pràctiques. ACNUR col·laborarà amb EASO per tal de recolzar el Sistema Europeu Comú d'Asil i la seva aplicació en els diferents drets nacionals, supervisant d'aquesta manera, conjuntament amb l'EASO, el treball i cooperació entre els diferents Estats Membres.

ACNUR pretén que les solucions a les que s'arribin siguin duradores, per tal d'evitar un possible efecte *io-ió* en la protecció dels refugiats. Fins al moment s'han anat aconseguint certes normatives que oferien més garanties que al cap de poc temps s'han limitat, la qual cosa no suposa cap tipus de seguretat per part dels beneficiaris de la protecció internacional.

⁹¹ *Guía sobre el derecho internacional de los refugiados*. op. cit. p. 21

Al mateix moment ACNUR treballa per prevenir que es produeixin situacions que comporten l'apatrídia de moltes persones. Sovint, la dissolució de determinats Estats o l'existència de determinades llacunes en les legislacions nacionals han suposat que moltes persones quedin en situació d'apatrídia. És per això que ACNUR treballa exercint determinades pressions als governs per tal de que adoptin aquelles mesures que evitin que es creïn aquestes situacions, i alhora proporciona un estatut a aquelles persones que ja es troben en aquesta situació per tal de que gaudeixin d'uns procediments justos i d'una determinació formal de la situació en la que es troben.

ACNUR treballa també per tal d'enfortir les relacions externes per tal de que es produeix un recolzament a la mobilització. És per aconseguir aquesta fi que ACNUR necessita col·laborar, i així ho fa, amb algunes institucions i agències europees mitjançant les seves oficines d'enllaç com són la OSCE⁹², el Consell d'Europa o l'EASO. Aquesta col·laboració el que pretén és obtenir la màxima utilitat dels marcs de protecció del Consell per a les persones de la competència d'ACNUR.

ACNUR a través de la seva relació amb els diferents governs pretén aconseguir la firma d'acords internacionals sobre els refugiats, és a dir, pretén que a través de la seva col·laboració amb els Estats, s'estableixin unes estructures d'asil. ACNUR no deixa de ser una organització internacional que observa l'esfera dels refugiats des de l'exterior dels diferents governs, obtenint així una visió general que li permet actuar a tot arreu i més concretament als llocs on l'asil i el refugi no tenen la protecció que es desitjaria⁹³.

En definitiva doncs, podem dir que ACNUR té com a les seves funcions i tasques bàsiques, la protecció dels refugiats, el que pot suposar la intervenció davant de diferents governs per a què actuïn de la manera que en seria l'esperada a favor dels refugiats, i a buscar solucions i sobretot que aquestes no siguin momentànies, sinó que siguin solucions duradores per tal de que els refugiats tornin a iniciar les seves vides en un ambient normal ajudant-los a enfrontar les difícils situacions en les que es trobaran, sobretot pel que fa a la repatriació als seus països d'origen si les condicions ho permeten, a integrar-se en els països que els hi proporcionen asil o al re-assentament en un tercer país⁹⁴.

⁹² Organització de Seguretat i Co-operació a Europa (Viena).

⁹³ ACNUR. *Perfil de les operacions regionals 2014 a Europa*. [<http://www.acnur.org/t3/donde-trabaja/europa/>] [Consulta: 15/05/2015]

⁹⁴ Nacions Unides Centre d'Informació. *Refugiados y desplazados*. [http://www.cinu.org.mx/ninos/html/onu_n3b.htm] [Consulta: 15/05/2015]

1.3 L'Alt Comissionat i el Comitè executiu de l'ACNUR

L'Assemblea General demana al Comitè Econòmic i Social (ECOSOC), a través de la Resolució 1166 (XXII) de 27 de novembre de 1957, que estableixi un Comitè Executiu del Programa de l'Alt Comissionat, òrgan intergovernamental de caràcter assessor, consistent en representants d'un nombre d'Estats, escollits tenint en compte la seva ubicació geogràfica i la seva contribució a l'aportació de solucions sobre els problemes dels refugiats.

Actualment el Comitè executiu està format per 98 Estats⁹⁵ els quals es reuneixen un cop a l'any, concretament el mes d'octubre, a Ginebra. El Comitè Permanent es pot reunir fins a 5 vegades l'any⁹⁶. A dia d'avui, l'Alt comissionat és António Guterres, que va ser escollit Alt Comissionat per l'Assemblea General de les Nacions Unides el 15 de juny de 2005.

El Comitè Executiu és l'encarregat d'assessorar a l'Alt Comissionat en la realització de les seves funcions, entre d'altres tasques com la d'aprovar els programes d'assistència de l'Alt Comissionat en l'exercici de les seves funcions estatutàries, especialment en matèria de protecció internacional, i examinar tots els aspectes financers i administratius de la organització. Les seves conclusions anuals s'inscriuen en el marc del règim internacional de protecció dels refugiats. Aquestes, es fonamenten en els principis enunciats a la Convenció de Ginebra de 1951 i s'elaboren i adopten per consens en resposta als problemes de protecció específics. Les conclusions del Comitè Executiu emanen d'un acord d'entre més de 50 països, que presten un interès manifest per a la protecció dels refugiats i compten amb una gran experiència en aquest àmbit. Aquests i altres països solen remetre's a les conclusions del Comitè Executiu (ExCom) al elaborar les seves pròpies polítiques i lleis⁹⁷.

Algunes de les Conclusions del Comitè Executiu tenen una intenció reguladora; bé perquè interpreten normativa internacional ja existent o perquè volen contribuir al desenvolupament progressiu del Dret Internacional. D'aquesta manera podem dir que els pronunciaments del Comitè incideixen en l'evolució del Dret consuetudinari dels Refugiats⁹⁸.

⁹⁵ A dia 3 de maig de 2015 [<http://www.acnur.org/t3/el-acnur/excom/miembros-y-observadores-del-excom/>] [Consulta: 3/04/2015]

⁹⁶ GORTÁZAR ROTAECHE, Cristina J. *Derecho de asilo y ...* op. cit. p. 168.

⁹⁷ *Guía sobre el derecho internacional de los refugiados*. op. cit. p. 16

⁹⁸ GORTÁZAR ROTAECHE, Cristina J. *Derecho de asilo y ...* op. cit. p. 170.

2. LA UNIÓ EUROPEA I L'OFICINA EUROPEA DE RECOLZAMENT A L'ASIL (EASO)

La Oficina Europea de Recolzament a l'Asil (EASO a partir d'ara) és una agència de la Unió Europea establerta en virtut del Reglament (UE) n° 439/2010 del Parlament Europeu i del Consell⁹⁹.

2.1 Creació i desenvolupament de EASO

EASO és una agència europea amb molt poca història degut a que comença a parlar-se d'ella el 1999. Concretament tot plegat comença al Consell Europeu de Tampere de 1999, on s'acorda crear un Sistema Europeu Comú d'Asil¹⁰⁰. En el posterior programa del Consell (Programa de la Haia), el 2004, es proposa crear la Oficina Europea de Recolzament a l'Asil (EASO). Aquesta Oficina es va concebre amb la finalitat de portar a terme una funció clau alhora de garantir la cooperació pràctica entre els Estats Membres en diferents àmbits pel que fa a l'asil. L'any 2009 és la Comissió Europea la que proposa la creació de EASO, concretament el 18 de febrer. Aproximadament un any després, a principis del 2010, tant el Parlament Europeu com el Consell acorden crear EASO. El reglament amb el que s'acorda aquesta creació de EASO, va entrar en vigor el 19 de juny del 2010. Ràpidament EASO passa a estar operativa com a agència de la Unió Europea, concretament el dia 1 de febrer del 2011. L'1 d'abril del mateix any es firma el primer pla operatiu de EASO amb l'objectiu de reconstruir el sistema grec d'asil. Al cap de dos mesos, el Govern de Malta signa amb EASO un acord de seu, aquest acord es materialitza el 19 de juny quan s'inaugura oficialment EASO allà, tot i que no serà fins el 7 de setembre de 2012 quan EASO es traslladi a les noves instal·lacions situades a la Valetta (Malta)¹⁰¹.

Per tal que EASO pugui portar a terme les seves funcions, que seran explicades a continuació, de la manera que s'espera, haurà d'actuar amb independència i autonomia tan

⁹⁹ REGLAMENTO (UE) n° 439/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de mayo de 2010 por el que se crea una Oficina Europea de Apoyo al Asilo [<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32010R0439&from=ES>] [Consulta: 10/04/2015]

¹⁰⁰ Veure capítol V del present

¹⁰¹ Oficina Europea de Apoyo al Asilo. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2014 ISBN 978-92-9243-221-8 [http://bookshop.europa.eu/es/oficina-europea-de-apoyo-al-asilo-pbBZ0213822/downloads/BZ-02-13-822-ES-C/BZ0213822ESC_002.pdf?FileName=BZ0213822ESC_002.pdf&SKU=BZ0213822ESC_PDF&CatalogueNumber=BZ-02-13-822-ES-C]

jurídica com administrativa i financera. Així serà un organisme dotat de personalitat jurídica i exercirà aquelles funcions que s'especifiquen en el seu propi Reglament.

2.2 Objectius i funcions de EASO

EASO juga un paper molt important pel que fa a l'aplicació pràctica del Sistema Europeu Comú d'Asil¹⁰², ja que es crea amb la intenció de reforçar la cooperació pràctica en matèria d'asil i assistir als Estats Membres en el compliment de la obligació a nivell europeu i internacional d'atorgar la protecció adequada a les persones afectades.

Podríem dir que la principal tasca de EASO és la de promoure la implementació coherent i aprovar les pràctiques harmonitzades que possibilitin la convergència en relació a la presa de decisions en situacions similars. Per tant podríem dir que té com a missió la implantació i desenvolupament del Sistema Europeu Comú d'Asil, donant el seu suport i facilitant, com coordinant i reforçant la cooperació pràctica dels estats de la UE en grau de centre independent especialitzat en matèria d'asil.

EASO ofereix suport en diverses variants, entre les que destaquen: el suport permanent, la tasca del qual és reforçar i estimular la qualitat del procediment d'asil unificant la formació, el material formatiu sobre l'asil així com la qualitat i la informació sobre el país d'origen dels principals sol·licitants; el suport especial, el qual consta d'una assistència que varia en funció de les necessitats específiques; el suport d'emergència, organització de la solidaritat amb els Estats membres subjectes a especials pressions mitjançant el suport i assistència temporal; informació i assistència per l'anàlisi, això significa l'intercanvi i combinació d'informació i dades i anàlisis a la Unió Europea, i per últim; el recolzament a tercers països, la qual cosa significa que EASO no treballa exclusivament dins del marc de la UE sinó que actua també en la dimensió externa de la problemàtica que li ocupa, això ho fa a través de la creació d'associacions en aquests tercers països, mitjançant programes de protecció regional i coordinant les actuacions dels Estats Membres en matèria de "recol·locació"¹⁰³.

EASO per tal de poder portar a terme les seves funcions haurà d'actuar en cooperació amb les diferents autoritats d'asil dels diferents Estats membres, amb els serveis nacionals d'immigració i asil i tots aquells altres serveis hi estiguin relacionats, així com amb una cooperació especial amb la Comissió. També hem de mencionar una cooperació dels Estats

¹⁰² Veure capítol II, apartat 3.2.1 del present.

¹⁰³ Oficina Europea de Apoyo al Asilo. op.cit. p.2

membres cap a l'Oficina (EASO) per tal de que aquesta pugui complir amb les tasques que li han sigut assignades en el Reglament¹⁰⁴. Al mateix temps és convenient que existeixi una cooperació entre EASO i les autoritats de tercers països i organitzacions internacionals competents en els àmbits en els que treballa EASO, per tal de poder aconseguir, si es considera oportú l'establiment d'uns acords de treball celebrats de manera conforme amb el Tractat de Funcionament de la Unió.

Alhora de realitzar les seves tasques EASO cooperarà amb altres agències de la UE, en concret amb l'Agència Europea per a la Gestió de la Cooperació Operativa en les Fronteres Exteriors dels Estats Membres de la Unió Europea (FRONTEX), L'Agència dels Drets Fonamentals de la Unió Europea (FRA) i l'Escola Europea de Policia (CEPOL), pel que fa en l'àmbit de la formació.

No ens podem oblidar de la col·laboració de EASO amb ACNUR, de manera que això implica el reconeixement per part de EASO del paper d'ACNUR de manera plena, participant en l'elaboració i actualització, així com impartint formació temàtica comuna com podria ser aquella relativa als drets fonamentals, i més específicament la tracta d éssers humans. A més col·laboraran en aquelles qüestions relacionades amb les persones vulnerables, la mutilació genital femenina i les qüestions de gènere¹⁰⁵.

EASO com a oficina de recolzament a l'asil haurà de prestar recolzament a aquells Estats membres que degut a la seva situació geogràfica o bé demogràfica es troben sotmesos a determinades pressions especials o desproporcionades pel que fa a la seva capacitat de recepció. D'aquesta manera EASO promocionarà la solidaritat dins dels diferents Estats de la Unió per tal de redistribuir als beneficiaris de protecció internacional cosa que redistribuirà alhora aquestes pressions a les que ens referíem. Vetllant al mateix temps per a què els sistemes d'asil i acollida siguin utilitzats de manera adequada¹⁰⁶.

¹⁰⁴ REGLAMENT (UE) n° 439/2010 del Parlament Europeu i del Consell de 19 de maig de 2010 pel que es crea una Oficina Europea de Recolzament a l'Asil. C.9 [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32010R0439&from=ES] [Consulta:10/04/2015]

¹⁰⁵ EASO Programa de trabajo 2015

[https://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CB8QFjAA&url=http%3A%2F%2Fbookshop.europa.eu%2Fes%2Fesao-oficina-europea-de-apoyo-al-asilo-cb1x6ep2Owkb0AAAE2cZ082d.Z%2F&ei=jX4qVZKLKYX0PNK3gbgP&usg=AFQjCNEeH_ultje cAW5738fn7GrEaSGAA&sig2=MQqjbRiMPh6MxYkH2gKsgQ&bvm=bv.90491159,d.ZWU] [Consulta:10/04/2015]

¹⁰⁶ REGLAMENT (UE) n° 439/2010 del Parlament Europeu i del Consell de 19 de maig de 2010 pel que es crea una Oficina Europea de Recolzament a l'Asil. C.7

Pel que fa a les competències de EASO, aquesta no n'ha de tenir cap, ni de directes ni de indirectes, en relació a les decisions que les autoritats d'asil dels Estats membres adoptin sobre sol·licituds concretes de protecció internacional¹⁰⁷.

El control de EASO es portarà a terme mitjançant la Comissió i els diferents Estats membres que estiguin representats en el Consell d'Administració d'aquella. Es considera convenient que el Consell d'Administració estigui format pels alts càrrecs operatius dels serveis d'asil dels diferents Estats membres o bé, si no fos possible, pels seus representants. Per tal que el funcionalment sigui l'adequat, el Consell d'Administració haurà de tenir les competències que es considerin necessàries per tal d'elaborar el pressupost, adoptar normes financeres adequades, comprovar la seva execució o establir procediments de treball amb total transparència per a les decisions de EASO. Al mateix temps, aquest Consell haurà de realitzar un informe anual sobre la situació de l'asil a la Unió. En el propi reglament de EASO es fa esment de la conveniència de que ACNUR estigui representat també en el Consell d'Administració degut a la seva experiència i coneixement pel que fa a l'asil, i alhora per tal de que pugui participar en els treballs que porti a terme EASO¹⁰⁸.

3. MARC JURISDICCIONAL DE PROTECCIÓ DELS REFUGIATS, EL TRIBUNAL EUROPEU DE DRETS HUMANS (TEDH) I EL TRIBUNAL DE JUSTÍCIA DE LA UNIÓ EUROPEA (TJUE)

A continuació procedirem a fer una molt breu pinzellada sobre l'actuació del Tribunal de Justícia de la Unió Europea i del Tribunal Europeu de Drets Humans en relació a la seva intervenció en aquells casos relatius al dret d'asil i refugi.

El Tribunal de Justícia de la Unió Europea, amb seu a Luxemburg, està format per un jutge per cadascun dels països que integren la Unió Europea. A més està assistit per nou advocats generals. El mandat dels jutges i advocats generals que l'integren és de 6 anys amb possibilitat de ser renovat. Aquests càrrecs estan designats de comú acord pels diferents governs dels Estats membres.

Aquest Tribunal té com a tasca bàsica interpretar el dret de la Unió Europea per tal de garantir que s'apliqui de manera única i homogènia als diferents Estats membres. Per tant,

¹⁰⁷ REGLAMENT (UE) n° 439/2010 del Parlament Europeu i del Consell de 19 de maig de 2010 pel que es crea una Oficina Europea de Recolzament a l'Asil. C.14

¹⁰⁸ REGLAMENT (UE) n° 439/2010 del Parlament Europeu i del Consell de 19 de maig de 2010 pel que es crea una Oficina Europea de Recolzament a l'Asil. C.17

tal com podem observar el TJUE no se li atribueix una funció específica dirigida a la protecció dels drets humans (per això ja tenim en TEDH), però sí que pot intervenir en la protecció de possibles vulneracions de drets humans com a conseqüència de l'aprovació i incorporació del Dret de la Unió Europea de la Carta de Drets Fonamentals de la Unió Europea, així com en l'aprovació de diferents directives destinades a protegir determinats drets humans¹⁰⁹.

Recentment una de les tasques del Tribunal de Justícia de la Unió per el que respecte al dret d'asil és la d'interpretar el conjunt de normes que s'estableixen en el Sistema Europeu Comú d'Asil. D'aquesta manera el Tribunal ha procedit a interpretar i matisar determinats aspectes pel que fa a l'actuació dels Estats membres quan s'enfronten, per exemple, davant d'una sol·licitud d'asil o davant la resolució de tal sol·licitud. Així, podem observar com el Tribunal fa referència a que s'ha de considerar acte de persecució o pertinença a un determinat grup social¹¹⁰.

Aquest Tribunal en les seves sentències sobre el dret d'asil, i en conseqüència, en referència a les Directives del Sistema Europeu de Drets Humans fa constant referència a les sentències dictades pel Tribunal Europeu de Drets Humans, de manera que podem dir que col·laboren indirectament, per tal de garantir un dret d'asil i un respecte al principi de *non-refoulement*.

Pel que fa al Tribunal Europeu de Drets Humans, que va ser creat el 1959, podem dir que és la institució principal que s'encarrega de protegir els drets humans a Europa. És una institució permanent amb seu a Estrasburg¹¹¹. Va sorgir del Conveni Europeu de Drets Humans de 1950, on el regula concretament en el seu títol II. L'objectiu principal d'aquest Tribunal era la de supervisar el compliment del Conveni (CEDH) per part dels Estats Part¹¹².

Pel que fa a la composició del Tribunal, aquesta està formada per un total de 47 jutges (un per cadascun dels Estats part), actuant en diverses formacions judicials (Jutge únic, Comitè

¹⁰⁹ Tribunal de Justícia de la Unió Europea [http://europa.eu/about-eu/institutions-bodies/court-justice/index_es.htm] [Consulta: 18/05/2015]

¹¹⁰ Veure cap. IV, apartat segon.

¹¹¹ Art. 19 del CEDH “*Amb la finalitat d’assegurar el respecte dels compromisos que resulten per les Altes Parts Contractants del present Conveni i els seus Protocols, es crea un Tribunal Europeu de Drets Humans, d’ara endavant anomenat “el Tribunal”. Funcionarà de manera permanent*”

¹¹² Web EDIEC [<http://www.ediec.org/es/areas/sistemas-regionales/tribunal-europeo-de-derechos-humanos/>] [Consulta: 10/04/2015]

de tres Jutges, Secció i Gran Sala), i amb l'assistència d'una secretaria. Les úniques llengües oficials d'aquest Tribunal són el francès i l'anglès¹¹³.

El Tribunal Europeu de Drets Humans és garant també del principi de *non-refoulement* regulat de manera indirecta al Conveni Europeu de Drets Humans. La seva base jurídica per a dedicar la seva tasca a vetllar per aquesta matèria està relacionada amb els articles 2 i 3 del CEDH. Aquests, tot i que fan referència al dret a la vida i a la prohibició de la tortura (art. 2 i 3 respectivament), han estat interpretats pel mateix Tribunal en el sentit de cobrir també situacions en que la sortida forçosa d'un estranger del territori d'un Estat part tingui com a resultat el risc per la vida o la integritat física de l'individu¹¹⁴. El Tribunal expressa: *"la obligación de no devolución puede surgir de una vulneración o vulneración potencial de la esencia de cualquier derecho consagrado en el Convenio Europeo, como el derecho a la vida, el derecho a la integridad física y la correspondiente prohibición de tortura y malos tratos, o de la "violación flagrante" del derecho a un juicio justo, derecho a la libertad, el derecho a la intimidad, o cualquier otro derecho protegido por el Convenio..."*¹¹⁵. També, el Tribunal reitera: *"los Estados Contratantes tienen, en virtud de un principio de Derecho internacional bien establecido y sin perjuicio de los compromisos que para ellos derivan de los tratados, incluido el Convenio, el derecho de controlar la entrada, la estancia y la expulsión de los no nacionales. Sin embargo, la expulsión de un solicitante de asilo por parte de un Estado Contratante puede plantear un problema en virtud del artículo 3 (RCL 1999, 1190, 1572) y, por lo tanto, compromete la responsabilidad de dicho Estado en virtud del Convenio, si existen motivos determinantes para creer que el interesado correrá, en el país de destino, un peligro real de ser sometido a un trato contrario al artículo 3"*¹¹⁶. Tot plegat ho corrobora també CONDÉ PÉREZ¹¹⁷ que ho relaciona amb la sentència del TEDH en el asunto Saadi c. Italia, on es reafirma unànimement la naturalesa absoluta de l'article 3 (prohibició de la tortura) de la Convenció Europea sobre drets humans i llibertats fonamentals, independentment del cas o de la persona afectada. *"Tanto Italia, como demandado, como el Reino Unido (tercero interviniente en el proceso), solicitaron una reinterpretación de la obligación de no*

¹¹³ Web Ministeri de Justícia [<http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/areas-tematicas/area-internacional/tribunal-europeo-derechos>] [Consulta: 10/04/2015]

¹¹⁴ GIL BAZO, Maria Teresa. *Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación al Desarrollo*. [<http://www.dicc.hegoa.ehu.es/listar/mostrar/157>] [Consulta:09/04/2015]

¹¹⁵ Tribunal Europeu de Derechos Humanos. Caso contra Caso Hirsi Jamaa y Otros contra Italia. Sentencia de 23 febrero 2012. JUR\2012\68517.

¹¹⁶ Tribunal Europeu de Drets Humans. Cas N. contra Regne Unit. Sentencia de 27 maig de 2008. C.30

¹¹⁷ CONDE PÉREZ, Elena. *Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Revista de Derecho Comunitario Europeo, n° 32 (gener-abril 2009)

*devolución derivada del artículo 3 de la CEDH en casos de terrorismo en el sentido de que, para tales supuestos, debería valorarse el riesgo de tortura en relación con el riesgo que el individuo en cuestión supone para el Estado”*¹¹⁸. En definitiva, tant l’article 2 com l’article 3 del Conveni Europeu de Drets Humans protegeixen de manera indirecta el principi de no devolució tal com el Tribunal Europeu de Drets Humans se n’ha referit a la seva jurisprudència: *“Si existe un riesgo de que se produzca una violación de un derecho protegido por el Convenio Europeo (con la excepción del derecho a la vida [art.2 CEDH] y a la integridad física [art.3 CEDH] y el principio de legalidad en el derecho penal) en el Estado de recepción, éste puede derogar su obligación de proporcionar protección internacional, según como se evalúe la proporcionalidad de los diversos intereses implicados. Existe una excepción a esta evaluación de proporcionalidad: cuando el riesgo de violación de un derecho protegido por el Convenio Europeo (con la excepción del derecho a la vida y a la integridad física y el principio de legalidad en el derecho penal) en el Estado de recepción es "flagrante" y la esencia misma de este derecho está en juego, el Estado se ve inevitablemente compelido a respetar la obligación de no devolución”*¹¹⁹.

¹¹⁸ CONDE PÉREZ, Elena. *Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Revista de Derecho Comunitario Europeo, nº 32 (gener-abril 2009)

¹¹⁹Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala)Caso Hirsi Jamaa y Otros contra Italia. Sentencia de 23 febrero 2012. JUR 2012\68517

IV. LA CONVENCIÓ DE GINEBRA I LA NATURALESA JURÍDICA DEL PRINCIPI DE NON REFOULEMENT

1. TIPUS DE NORMA

1.1 Norma convencional

Una convenció és un tractat de dret internacional, és a dir, tal com estableix la Convenció de Viena de 1969 al seu article 2, un tractat és “un acord internacional celebrat per escrit entre els Estats i regit pel dret internacional, ja consti en un únic instrument o en dos o més instruments connexos i qualsevol que sigui la seva denominació particular” .

El principi de non-refoulement o de no devolució és un principi que es preveu a la Convenció de Ginebra de 1951 al seu article 33.1: “*Cap Estat contractant podrà de cap manera posar, per expulsió o devolució, a un refugiat a les fronteres dels territoris on la seva vida o la seva llibertat perilli per causa de la seva raça, religió, nacionalitat, pertinença a determinat grup social, o de les seves opinions polítiques*”¹²⁰. D’aquesta manera, podem veure com des d’un començament es va estipular, a través de la Convenció de Ginebra i pel posterior Protocol Addicional de Nova York de 1967, el principi de *non-refoulement* o no devolució dels refugiats.

Primerament comentaré la situació jurídica de la Convenció per tal d’entendre la força que ha obtingut el principi de no devolució. Doncs bé, la Convenció de Ginebra, si bé es va adoptar el 1951, no va entrar en vigor fins el 22 d’abril de 1954. Estem parlant d’una Convenció de gran rellevància ja que en són part 143 Estats¹²¹. El que fa la Convenció és constituir un instrument jurídic en el que es concreta una pràctica internacional anterior de protecció de refugiats¹²².

La Convenció de Ginebra i el seu posterior Protocol de Nova York s’han convertit en els instruments convencionals en vigor més universals relatius a la protecció dels refugiats: reemplacen entre les parts a altres convencions internacionals anteriors aplicables en aquesta matèria i coexisteixen amb altres instruments i alhora són complementats per ells.

¹²⁰ Art.33.1. Convenció de Ginebra de 1951.

¹²¹ En data 3 de maig de 2015

¹²² Veure capítol II apartat segon del present.

Tant la Convenció com el Protocol poden ser denunciats respectivament (article 44 i article 9 respectivament), tot i que fins a dia d'avui cap Estat Part hagi procedit en fer-ho.

Tot i que la Convenció admet reserves (article 42), s'exclou la possibilitat que aquestes es puguin fer en relació a determinats articles¹²³, de manera que no podran ser exclosos o modificats els drets del refugiat a no ser discriminat, a la llibertat de religió, a l'accés a un tribunal, i a no ser retornat (el principi de *non-refoulement*, al que ens referim). A la pràctica, degut a aquesta possibilitat de fer reserves o declaracions interpretatives, diferents Estats Part han alterat (pel que fa a l'aplicació pròpia), el règim general de la Convenció, en algun dels seus aspectes com en el cas de l'educació o l'ocupació¹²⁴.

1.2 Norma consuetudinària

Una norma consuetudinària és aquella que es basa en la costum internacional. La costum internacional és un procediment d'elaboració de dret internacional espontani. Emanava del comportament dels Estats i altres subjectes internacionals en les seves relacions. Un comportament habitual que, complerts determinats requisits, es converteix en una norma jurídicament exigible¹²⁵. DÍEZ DE VELASCO defineix la costum internacional com l'expressió d'una pràctica seguida pels subjectes internacionals i generalment acceptada per aquests com a dret¹²⁶.

El TEDH considera el principi de no devolució com a "*norma consuetudinària de dret internacional i es part integrant de la protecció integral de dret humans. Totes les persones tenen dret a gaudir de la seva aplicació per part de l'Estat*"¹²⁷.

Així, el *non-refoulement* no és només una obligació convencional. Després d'aquesta Convenció, el principi ha estat invocat constantment tant en el Dret internacional convencional com fora d'ell (ACNUR)¹²⁸. El jutge Pinto de Albuquerque classifica precisament el principi de no devolució com a "*principi de dret internacional*

¹²³ Els articles exclosos per a realitzar reserves són: 1, 3, 4, 16(1), 33 i del 36 al 46 inclòs.

¹²⁴ MARIÑO MENENDEZ, Fernando M. *La convención de ginebra sobre el estatuto de los Refugiados*. Revista Electrónica RECORDIP [http://revistas.unc.edu.ar/index.php/recordip/article/viewFile/10/5] [Consulta: 09/03/2015].

¹²⁵ SÁNCHEZ, Victor. M. *Derecho Internacional Público*. 2a ed. Barcelona: Huygens Editorial, 2010. p. 90-96.

¹²⁶ DÍEZ DE VELASCO, Manuel. *Instituciones de derecho internacional público*. 18a ed. Madrid. Tecnos. p. 136

¹²⁷ Tribunal Europeu de Drets Humans. Cas Djokaba Lambi Longa contra Holanda. Decisió 9 d'octubre de 2012.

¹²⁸ GORTÁZAR ROTAECHE, Cristina J. *Derecho de asilo y ...* op. cit. p. 318-368

*consuetudinari vinculant per a tots els Estats, fins i tot per aquells que no siguin part del Conveni de la ONU sobre Refugiats o a qualsevol altre tractat relatiu a la protecció de refugiats*¹²⁹.

D'altra banda, els ordenaments interns dels Estats, membres o no de la Convenció de Ginebra, han fet seva la obligació de *non-refoulement* amb interpretacions més o menys homogènies. Tot plegat deixa suficientment fonamentada la condició del principi com a principi general de Dret Internacional. Tot i això no és el mateix parlar d'un principi general de Dret Internacional que fer-ho d'una pràctica que ha generat ja una autèntica costum internacional¹³⁰.

L'article 38 de la Convenció de Viena sobre el Dret dels Tractats menciona expressament la possibilitat de que una norma enunciada en un tractat arribi a ser obligatòria per un tercer Estat com a norma consuetudinària. La costum internacional és font de gestació espontània i paulatina¹³¹.

En quan a la prova de l'existència d'una costum internacional, el Tribunal Internacional de Justícia ha estat clar al sol·licitar precedents que emanin d'un nombre d'Estats suficientment ampli i representatiu incloent-hi els Estats, els interessos dels quals, resultessin especialment afectats. Les normes consuetudinàries d'àmbit universal necessiten per al seu naixement el consentiment generalitzat, però no es precisa, en principi, l'assentiment de l'Estat contra el qual s'al·lega una norma consuetudinària d'àmbit universal¹³².

L'article 38 (1) (b) de l'Estatut de la Cort Internacional de Justícia enumera "*la costum internacional com a prova d'una pràctica generalment acceptada com a dret*", com una de les fonts del dret que ella aplica al decidir les controvèrsies d'acord amb el dret internacional. Per què una norma es converteixi en part del dret internacional consuetudinari es requereix de dos elements: una pràctica consistent de l'Estat i *opinio iuris*, és a dir, l'entesa sostinguda pels Estats de que la pràctica en qüestió és obligatòria degut a l'existència d'una norma que ho requereix. En aquest sentit, ACNUR ressalta la pràctica que els Estats que no són signataris acullen a grans quantitats de refugiats, amb freqüència en situacions d'afluència massiva. Segons ACNUR "*els Estats han indicat de forma*

¹²⁹ Opinió concordant del jutge Pinto de Albuquerque de la STEDH del Cas Hirsi Jamaa i altres contra Itàlia. Sentència de 23 de febrer de 2012 (JUR/2012/68517)

¹³⁰ GORTÁZAR ROTAECHE, Cristina J. *Derecho de asilo y ...* op. cit. p. 318-368.

¹³¹ JIMENEZ DE ARÉCHAGA, E. *La costumbre como fuente del Derecho Internacional*; en Sánchez, Víctor M. *Derecho Internacional Público*, Barcelona: Huygens, 2a ed. 2010.

¹³² GORTÁZAR ROTAECHE, Cristina J. *Derecho de asilo y ...* p. 318-368

*aclaparadora que accepten el principi de no devolució com a vinculant, segons ha estat demostrat, inter alia, en nombroses instancies en les que els Estats han respost als representants de l'ACNUR oferint explicacions o justificacions en casos en què hi ha hagut devolució o es pretenia retornar, i d'aquesta manera, implícitament s'ha anat conformant la seva acceptació del principi*¹³³.

En definitiva, l'article 33 de la Convenció de Ginebra s'ha convertit en costum general al provar-se determinades pràctiques dels Estats en tal sentit, fins i tot no sent signataris de la Convenció de Ginebra, suficients i representatives, que contenen la necessària *opinio iuris*. El que sí seria precís seria provar l'existència de precedents suficients. Precedents de totes les diferents regions del món, ja que, en cas contrari, ens trobaríem davant d'una costum d'àmbit merament regional.

1.3 Norma ius cogens

Una altra de les categories en la que es lliga el principi de *non-refoulement*, és la de *ius cogens*. Ius Cogens és un concepte que fa referència a la voluntat que tenen els estats per establir certes obligacions les quals, tenen caràcter vinculant, no derogable i universal¹³⁴. La institució del Ius Cogens ha estat reconeguda pels Estats a través de la Convenció de Viena sobre el Dret dels Tractats¹³⁵; tan sols alguns principis de dret internacional tenen caràcter de Ius Cogens.

Com bé sabem, en el Dret Internacional no existeix un principi de jerarquia normativa; el tractat no és jeràrquicament superior a la costum ni viceversa. Tot i això, en cap ordenament jurídic és il·limitada la voluntat dels subjectes ja que tal cosa implicaria la negació del propi

¹³³ ACNUR. Opinió Consultiva sobre la aplicació extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo 1967. 26 de enero de 2007. En línea [<http://www.refworld.org/pdfid/4a8124152.pdf>] [Consulta: 26/3/2015]

¹³⁴ ARZAPALO VILLÓN, Tania Elisabeth. *El principio de non refoulement como ius cogens para evitar la extradición ante amenazas de tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes*. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Nacional Mayor de San Marcos. [https://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CCEQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.alfonsozambrano.com%2Fbolivia%2Fdocumentos%2Fnon_refoulement.doc&ei=0dIWVamxII_Zas-dgugK&usg=AFQjCNFvyGyzsl7MbwU0xJzin2W3CsuQCA&sig2=mVBIAzErixRMSeTzvAKoCg&bvm=bv.89381419,d.d2s] [Consulta: 19/03/2015]

¹³⁵ Arts. 53 i 54. Convenció de Viena de 1969. [https://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CCEQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.alfonsozambrano.com%2Fbolivia%2Fdocumentos%2Fnon_refoulement.doc&ei=0dIWVamxII_Zas-dgugK&usg=AFQjCNFvyGyzsl7MbwU0xJzin2W3CsuQCA&sig2=mVBIAzErixRMSeTzvAKoCg&bvm=bv.89381419,d.d2s]

ordenament. La llibertat de pacte té límits i així, en dret internacional, existeixen certes normes que posseeixen un valor superior a totes les demés (qualsevol que sigui la font d'aquestes últimes), i que no són derogables. De fet, el 1953, s'introdueix la noció de *ius cogens* en l'informe a la Comissió de Dret Internacional, proposant un article 15 del que aleshores era el Projecte de Conveni sobre el Dret dels Tractats (actual Convenció de Viena de Dret dels Tractats), en el que s'estableix la nul·litat d'un tractat contrari a un "*principi fonamental del Dret Internacional*", incloent "*normes de moralitat tan imperatives que un tribunal internacional pugui considerar que formen part dels principis generals del Dret reconeguts per les nacions civilitzades*"¹³⁶.

La institució *ius cogens* és un concepte relativament obert ja que té una determinació no tancada i dinàmica. Els estats tenen com a obligació principal el respecte dels drets fonamentals, i aquests tenen caràcter de *ius cogens*. Per tal que una norma sigui *ius cogens*, ha de tenir tres elements¹³⁷: **ser imperativa**, és a dir, ser obligatòria i a més no admetre acord en contrari. Per tant, només podria ser modificada per una norma ulterior de dret internacional que tingués el mateix caràcter; **pertànyer al dret internacional vigent**, amb això ens referim a que tingués un caràcter d'universalitat, la qual cosa suposa que té gran importància per la societat internacional com a conjunt; i la **no immutabilitat**, és a dir que un tractat no pot modificar una norma *ius cogens* i anular tractats concertats que violen les seves disposicions (la qual cosa significa que hi ha un acord general entre tots els membres sobre diverses concepcions ètiques comunes per tal de poder vetllar per aconseguir interessos comuns de manera eficaç)¹³⁸.

Podem afirmar doncs que el principi de *non-refoulement* compleix aquests tres requisits ja que és una norma imperativa degut a que no pot admetre acord en contrari. Això es corrobora precisament en l'article 42 de la Convenció de Ginebra¹³⁹, on en el seu apartat primer es diu precisament que "*en el moment de la firma de la ratificació o adhesió, tot Estat podrà formular reserves respecte als articles de la Convenció que no siguin els articles 1, 3, 4, 16 (1), 33 i 36 a 46*". El principi de no devolució (*non refoulement*) està regulat a l'art. 33 i per tant no admet reserves. És per això que podem dir que és una norma imperativa.

¹³⁶ GÓRTAZAR ROTAECHE, Cristina J. *Derecho de asilo y ...* op. cit. p. 358-367.

¹³⁷ DUFFY, Aoife. *Expulsion to Face Torture? Non-refoulement in International Law*. The Author, Oxford University Press, 2008.

[<http://www.eui.eu/Documents/DepartmentsCentres/AcademyofEuropeanLaw/CourseMaterialsHR/HR2010/Chetail/ChetailReading1.pdf>] [Consulta: 09/03/2015]

¹³⁸ ARZAPALO VILLÓN, Tania Elisabeth. *El principio de non refoulement...* op. cit. Cap. IV.

¹³⁹ Veure Capítol IV apartat 1.1

Pel que fa a la seva pertinença al dret internacional vigent, no hi ha cap mena de dubte que tant a la Convenció de Ginebra com en el seu Protocol Addicional (ambdós vigents avui), entre molts d'altres textos de dret internacional com la Convenció contra la tortura y altres tractes o penes cruels, inhumanes o degradants (art. 3); la Declaració sobre l'Asil Territorial (art.3); la Declaració sobre la protecció de totes las persones contra las desaparicions forçades de las Nacions Unides (art.8); entre moltes d'altres regulen el principi de no devolució.

Per últim el principi de *non-refoulement* és un principi no immutable degut a que no pot ser derogat per un Tractat Internacional degut a que precisament la pròpia Convenció la protegeix de possibles modificacions i de que hi ha un acord per part de la Comunitat Internacional de vetllar per aquest principi, per això consta en nombrosos textos internacionals vigents ratificats per un nombre molt considerable de països.

Aquesta concepció ha estat reafirmada pel Jutge Pinto de Albuquerque que expressa la pertinença del non-refoulement com a norma ius cogens “ *ja que no es permet cap tipus de derogació i revesteix d'un caràcter imperatiu, ja que no admet reserva alguna* (article 53 del Conveni de Viena sobre Dret dels Tractats, així com l'article 42, apartat 1 del Conveni sobre Refugiats i l'article VII, apartat 1 del Protocol de 1967)”¹⁴⁰.

2. ÀMBIT D'APLICACIÓ I MOTIUS DE PERSECUCIÓ SEGONS LA DEFINICIÓ DE L'ARTICLE 1.A.2 DEL CONVENI DE GINEBRA I LA UNIÓ EUROPEA.

2.1 Principi de non-refoulement

El principi de no devolució és una obligació dels Estats que no beneficia únicament als refugiats, entesos com aquells que estan definits per la Convenció de Ginebra, sinó també als refugiats *de facto*. De fet hem de considerar la obligació del *non-refoulement* com un principi general de dret internacional, ja que juga més enllà dels límits de la Convenció de Ginebra. Això es plasma en la idea de que el *non-refoulement* no juga només a favor d'aquells que han obtingut l'estatut de refugiat tal i com ho contempla la Convenció de Ginebra, sinó també ho fa respecte a tot sol·licitant d'asil mentre duri el procediment de

¹⁴⁰ Opinió concordant del jutge Pinto de Albuquerque de la STEDH del Cas Hirsi Jamaa i altres contra Itàlia. Sentència de 23 de febrer de 2012 (JUR/2012/68517)

resolució de la seva sol·licitud. És a dir, fins que no s'ha resolt, ja sigui positiva o negativament, la sol·licitud de l'interessat de ser protegit internacionalment, aquest no podrà ser retornat, reenviat, expulsat o qualsevol altre acció de les que comporta el *non-refoulement* per part de l'Estat receptor¹⁴¹.

2.1.1 Segons la Convenció de Ginebra

La obligació de no devolució (*non-refoulement*) es troba a l'art.33 de la Convenció de Ginebra de 1951. Concretament l'apartat 1 de tal article fa referència en sí al que suposa el *non-refoulement*: “*Cap Estat Contractant podrà, per expulsió o devolució, posar de cap manera a un refugiat a les fronteres dels territoris on la seva vida o la seva llibertat perilli per causa de raça, religió, nacionalitat, pertinença a un determinat grup social, o de les seves opinions polítiques*”¹⁴².

2.1.2 Segons la Unió Europea

En l'àmbit del dret de la Unió Europea (UE), l'article 78 del Tractat de Funcionament de la Unió Europea¹⁴³ (a partir d'ara, TFUE), menciona precisament el deure de la UE de desenvolupar una política comú d'asil, protecció subsidiària i protecció temporal que garanteixi el principi de no devolució. De fet, diu també, que aquesta política haurà d'ajustar-se tant a la Convenció de Ginebra de 1951, com al seu Protocol, així com als demés tractats pertinents, entesos com el Conveni Europeu de Drets Humans (CEDH), la Convenció dels Drets dels Nens de les Nacions Unides (CDN), la Convenció contra la Tortura i altres Tractes o Penes Cruels, Inhumanes o Degradants (CCT), el Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics (PIDCP), i el Pacte Internacional de Drets Econòmics, Socials i Culturals (PIDESC).

També, la Carta de Drets Fonamentals de la UE¹⁴⁴ (CDFUE), en el seu article 18¹⁴⁵ garanteix el dret a l'asil, la qual cosa incorpora de manera implícita el respecte al *non*

¹⁴¹ PÉREZ BARAHONA, Sergio. *El estatuto de “refugiado”*... op. cit., p. 232

¹⁴² Convenció de Ginebra de 1951. Article 33.1 [en línia]

[<http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1978-26331>] [Consulta: 27/03/2015]

¹⁴³ Tractat de Funcionament de la Unió Europea. «DOUE» núm. 83, de 30 de marzo de 2010. [en línia]

[<http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-Z-2010-70006>] [Consulta 28/03/2015]

¹⁴⁴ Carta Europea de Drets Fonamentals de la Unió Europea

refoulement. De tota manera, en el seu article 19¹⁴⁶ s'hi estableix explícitament que ningú podrà ser retornat, expulsat o extradit a un Estat en el que corri un greu risc de ser sotmès a pena de mort, a tortura, o a altres penes o tractes inhumans o degradants. Les pròpies *Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, desenvolupa que l'article 19.2 "incorpora la jurisprudència pertinent al Tribunal Europeu de Drets Humans relativa a l'article 3 de la CEDH"¹⁴⁷.

El Tribunal de Justícia de la UE, seguint jurisprudència existent del TEDH explica que l'article 19.2 de la Carta també s'aplicarà a aquelles persones que tot i estar subjectes a una decisió de les que sí es permet la devolució, i que per tant, no poden seguir en el territori d'un Estat de manera que continuïn beneficiant-se de la protecció d'aquest, no se'ls podrà expulsar en aquells casos, molt excepcionals, on siguin imperioses les consideracions humanitàries contraries el *non-refoulement* degut a una dolència física o mental greu que pugui patir el subjecte i que en el país on se'l retorni no hi hagi els mitjans per a tractar-lo. Aquests casos es caracteritzen per una especial gravetat i per la naturalesa irreparable del perjudici derivat de la devolució d'un nacional d'un tercer país a un país en el que existeixi un risc greu de que pateixi tractes inhumans o degradants¹⁴⁸.

En la sentència de 18 de desembre de 2014 del Tribunal de Justícia de la UE ens trobem davant d'un cas d'un nacional d'un tercer país que sol·licitava un permís d'autorització de residència per raons sanitàries. El que ens interessa d'aquest cas i que ve en relació a allò esmentat en aquest apartat és que el Tribunal de Luxemburg no permet que es porti a terme l'expulsió d'aquest individu fins que no s'hagi resolt el recurs que aquest va interposar en la legislació interna belga que li denegava la protecció, per considerar que en el seu país d'origen no podria gaudir dels mitjans mèdics necessaris per tal de cuidar el seu estat de salut. El tribunal no ho permet raonant que si aquesta expulsió es portés

¹⁴⁵ Art. 18 CDFUE: "Es garanteix el dret d'asil dins del respecte de les normes de la Convenció de Ginebra de 28 de juliol de 1951 i del Protocol de 31 de gener de 1967 sobre l'Estatut dels refugiats i de conformitat amb el TUE i el TFUE".

¹⁴⁶ Art.19 CDFUE: "1. Es prohibeixen les expulsions col·lectives. 2. Ningú pot ser retornat, expulsat o extradit a un Estat en el qual corri un risc greu de ser sotmès a la pena de mort, a tortura o a altres penes o tractes inhumans o degradants".

¹⁴⁷ Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (2007/C 303/02) [<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:303:0017:0035:ES:PDF>] [Consulta: 27/03/2015]; TEDH veure la sentència de 17 de desembre de 1996, *Ahmed c. Àustria*, nº 25964/94, 17 de desembre de 1996; i la sentència *Soering contra el Regne Unit* nº 14038/88, 7 de juliol de 1989.

¹⁴⁸ Tribunal de Justícia de la Unió Europea. Sentència de 18 de desembre de 2014 (Gran Sala) en l'assumpte C-562/13; Tribunal Europeu de Drets Humans. Sentència N. C. Regne Unit de 27 de maig de 2008. C. 42

a terme abans de resoldre sobre la situació sanitària del país d'origen, es podria exposar a aquest nacional a un risc greu de deteriorament seriós i irreversible del seu estat de salut.

2.2 Riscos i motius de persecució dels refugiats

En el que es refereix al dret de la UE s'entén que existirà risc de persecució en aquells casos que estableix la Convenció de Ginebra en el seu art. 1.A.2¹⁴⁹. Al mateix temps, la Directiva sobre requisits de reconeixement¹⁵⁰, en el seu article 9 preveu dues categories d'actes de persecució. La primera d'elles seria aquells actes suficientment greus per la seva naturalesa o caràcter reiterat com per a constituir una vulneració greu dels drets humans fonamentals, en particular els drets que no puguin ser objecte d'excepcions a l'empara de l'art. 15.2 CEDH¹⁵¹; i la segona categoria seria aquella acumulació de mesures diverses, incloses en les vulneracions dels drets humans, de manera suficientment greu com per afectar a una persona de manera similar a la mencionada en la primera categoria.

De conformitat amb el CEDH es distingeixen els motius de perill en els seus articles 2 i 3. S'aplicarà l'art 2 de tal Conveni quan hi hagi un risc sobre la vida de les persones, en canvi s'aplicarà l'article 3 quan aquest risc sigui de tortura o de penes o tractes inhumans o degradants. Pel que fa concretament a l'article 2, la perspectiva de mort ha de ser quasi segura, a diferència de l'article 3 que parlariem de que hi hauria motius fonamentats per creure que la persona correria un risc real de ser sotmesa a tortura o a altres formes de mals tractament prohibits per la disposició.

Aquests motius de persecució estan citats també per la Unió Europea a la Directiva sobre requisits per al reconeixement, concretament al seu article 10¹⁵². També entendrem que

¹⁴⁹ Veure capítol II, apartat 1 del present.

¹⁵⁰ DIRECTIVA 2011/95/UE del PARLAMENT EUROPEU i del CONSELL de 13 de desembre de 2011 per la que s'estableixen *normes relatives als requisits per al reconeixement de nacionals de tercers països o apàtrides com a beneficiaris de protecció internacional, a un estatut uniforme per als refugiats o per a les persones amb dret a protecció subsidiària i al contingut de la protecció concedida*.

[<http://www.boe.es/doue/2011/337/L00009-00026.pdf>] [Consulta: 28/03/2015]

¹⁵¹ Com són el dret a la vida, prohibició de la tortura, prohibició de l'esclavitud i la condemna per pena sense llei. CONVENI EUROPEU DE DRETS HUMANS BOE núm. 108 de 06 de Mayo de 1999, [<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1979-24010>] [Consulta: 28/03/2015]

¹⁵² Directiva 2011/95/UE del Parlament Europeu i del Consell de 13 de diciembre de 2011 *por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida* [<http://www.boe.es/doue/2011/337/L00009-00026.pdf>] [Consulta: 29/03/2015]

existeix persecució quan una persona sigui obligada, a la tornada, a ocultar les seves creences i la pràctica religiosa, la seva orientació sexual, les seves conviccions polítiques per evitar greus danys¹⁵³. És important destacar que en aquesta Directiva s'especifica també que la persecució pot ser de diferents formes, és a dir, es pot entendre que s'està perseguint quan es fa a través d'actes de violència, ja sigui física o psíquica, a través de mesures administratives o legislatives (com podrien ser aquelles lleis que prohibeixen la llibertat religiosa o la homosexualitat), o també quan es fa a través d'actes dirigits contra les persones per raó del seu sexe o per ser nens¹⁵⁴.

Alhora d'examinar les sol·licituds dels pretendents d'obtenir asil per tal de saber si concorren riscos o motius de persecució en els països on serien retornats, el TEDH en relació a la Directiva 2011/95/UE diu que aquesta avaluació de les sol·licituds s'ha de fer de manera individual i tenint en compte la situació particular, així com les circumstàncies personals del sol·licitant, de manera que s'incloguin també factors com serien l'edat, el sexe i fins i tot el passat d'aquest. Donades aquestes circumstàncies, els actes els quals s'ha vist o podria veure's exposat podrien constituir persecució o greus danys¹⁵⁵.

2.2.1 Persecució per raó de raça

Aquesta ha de ser entesa en un sentit ampli, ja que d'acord amb el Conveni Internacional sobre l'Eliminació de totes les formes de discriminació Racial de 21 de desembre de 1965, s'han d'incloure (art.1)¹⁵⁶ totes aquelles distincions, reals o suposades basades en la raça, color, descendència, origen nacional o ètnic¹⁵⁷.

¹⁵³ COUNCIL OF EUROPE. Manual de Derecho europeo sobre asilo, fronteras e inmigración. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2014. p. 72.

¹⁵⁴ COUNCIL OF EUROPE. Manual de Derecho europeo sobre asilo, fronteras e inmigración. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2014. p. 71

¹⁵⁵ Tribunal de Justícia de la Unió Europea. Sentència de 2 de desembre de 2014. Assumptes acumulats C-148/13 a C-150/13.

¹⁵⁶ Art.1.1 del Convenio Internacional sobre Eliminación de todas las formas de discriminación Racial de 21 de desembre de 1965 *“Convención la expresión "discriminación racial" denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública”*

¹⁵⁷ Convenio Internacional sobre Eliminación de todas las formas de discriminación Racial de 21 de desembre de 1965. BOE nº 118, de 17 de març de 1969 [http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CERD.aspx] [Consulta:28/03/2015] En la presente

ACNUR concreta que el concepte raça abasta tots els grups ètnics i que de manera freqüent, això implicarà també la pertinença a un determinat grup social determinat d'ascendència comú que constitueix una minoria dins d'una col·lectivitat més àmplia. Es considerarà que hi ha persecució per raó de raça en virtut de la Convenció de Ginebra quan a causa d'aquesta discriminació racial es vulneri la dignitat humana de la persona. Aquesta vulneració haurà de ser fins un punt que es consideri que no té en compte la presència dels drets humans més elementals. També s'inclourà aquesta vulneració quan el fet de donar certa importància a aquests murs racials comporti greus conseqüències.

En tot cas no serà suficient per al·legar persecució per raó de raça la simple pertinença a un determinat grup racial, sinó que a més es precisarà que existeixin determinades circumstàncies especials que facin que aquell determinat grup es trobin en una situació de temor de persecució¹⁵⁸.

2.2.2 Persecució per raó de nacionalitat

Segons el *Manual* d'ACNUR¹⁵⁹, es considera nacionalitat tant la ciutadania o nacionalitat jurídica com la pertinença dins d'un mateix Estat d'un grup diferenciat per la seva identitat cultural o lingüística o per les seves relacions amb la població d'un altre Estat¹⁶⁰. Les mesures i comportaments contraris a una minoria nacional, ja sigui ètnica o lingüística, i en determinades circumstàncies pel fet de formar part d'aquesta minoria comporti temors fonamentats de persecució.

ACNUR explica que la majoria de vegades les persones que tenen por de ser perseguides per motius de nacionalitat formen part d'una minoria nacional, també s'han donat diferents casos en que una persona que pertany a un grup majoritari tingui temor a ser perseguida per una minoria dominant¹⁶¹.

¹⁵⁸ ACNUR. *El Manual de procedimientos i criterios para de...* op.cit. Cap. II.B.3.b

¹⁵⁹ ACNUR. *El Manual de procedimientos i criterios para de...* op.cit. Cap. II.B.3.d)

¹⁶⁰ PÉREZ BARAHONA, Sergio. *El estatuto de "refugiado"...* op. cit., p. 238

¹⁶¹ ACNUR. *El Manual de procedimientos i criterios para de...* op.cit. pàr. 74 a 76

2.2.3 Persecució per raó de creences religioses

Entesa també amb un sentit ampli, el CEDH, en el seu article 9 defineix llibertat religiosa com aquella llibertat a canviar de religió o de conviccions, així com la llibertat de manifestar la seva llibertat o conviccions individual o col·lectivament, en públic o en privat, per mitjà de culte, ensenyança, les pràctiques i la observances de ritus, i també incloure aquelles creences agnòstiques o atees¹⁶². S'ha de tenir en compte però que no és suficient en pertànyer a una determinada comunitat religiosa, sinó que també s'han de produir discriminacions greus basades en les conviccions religioses de la persona. S'ha de tenir per tant en compte l'article 18 de la Declaració Universal de Drets Humans de 1948¹⁶³, així com l'article 18 del Pacte¹⁶⁴ de Drets Civils i Polítics¹⁶⁵.

En concret podem citar un cas que va arribar al Tribunal de Justícia de la UE, on dues persones van arribar el 2003 i 2004 respectivament a Alemanya on hi van sol·licitar asil al·legant la seva pertinença a la comunitat musulmana Ahmadia, que es un moviment que pretén reformar l'islam. Els subjectes van afirmar que en el seu poble d'origen se'ls havia colpejat i llançat pedres en el seu lloc de culte de manera repetitiva. A més van patir amenaces de mort i els van denunciar a la policia per haver insultat al profeta Mahoma. Un d'ells va afegir a més que havia estat maltractat i empresonat per les seves creences religioses. A tot això el Tribunal va considerar que era irrellevant el fet que

¹⁶² Art. 9 CEDH: "1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos. 2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás".

¹⁶³ Art.18 Declaració Universal dels Drets Humans: "Les restriccions que, en els termes del present Conveni, s'imposin als citats drets i llibertats no podran ser aplicades més que amb la finalitat per la qual han estat previstes"

¹⁶⁴ Art.18 del Pacte de Drets Civils i Polítics: "1) Tota persona té dret a la llibertat de pensament, de consciència i de religió; aquest dret inclou la llibertat de tenir o adoptar la religió o les creences de la seva elecció, així com la llibertat de manifestar la seva religió o les seves creences, individual o col·lectivament, tant en públic com en privat, mitjançant el culte, la celebració de ritus, les pràctiques i l'ensenyament. 2) Ningú serà objecte de mesures coercitives que puguin menyscarbar la seva llibertat de tenir o d'adoptar la religió o creences de la seva elecció. 3) La llibertat de manifestar la pròpia religió o les pròpies creences estarà subjecte únicament a les limitacions prescrites per la llei que siguin necessàries per a protegir la seguretat, l'ordre, la salut o la moral públiques, o els drets i llibertats fonamentals dels demés. 4) Els Estats Part en el present Pacte es comprometen a respectar la llibertat dels pares i, en el seu cas, dels tutors legals, per tal de garantir que els fills rebin l'educació religiosa i moral que estigui d'acord a,b les seves pròpies conviccions"

¹⁶⁵ PÉREZ BARAHONA, Sergio. *El estatuto de "refugiado"*... op. cit., p. 239.

se'ls amenacés abans de la seva sortida de Pakistan (país originari dels subjectes) pel que fa a la resolució de la seva sol·licitud, sinó allò realment rellevant en la qüestió de la concessió de l'asil, era que els subjectes, com a ahmadies actius, es trobarien exposats a Pakistan a un risc de persecució col·lectiva. Això comportaria que en el cas de retornar a Pakistan no podrien seguir practicant públicament la seva religió sense que això suposés un risc real de persecució.

Tal com he mencionat el dret a la llibertat de religió està consagrat a l'article 10 apartat 1 de la Carta que es correspon a l'article 9 del CEDH. D'aquesta manera queda constància que la llibertat de religió constitueix un dels pilars d'una societat democràtica i es un dret humà fonamental i com a tal es pot equiparar a un dels casos contemplats a l'article 15.2 del CEDH i per tant s'ha de considerar com a acte de persecució.

La llibertat de religió comporta tan aquells components que siguin públics, privats com els col·lectius o individuals. Així el Tribunal declara que *“són actes greus que menyscaben la llibertat del sol·licitant no només de practicar la seva creença en àmbit privat, sinó també de viure-la de manera pública”*. Així, les autoritats competents hauran de comprovar, tenint en compte les circumstàncies personals de l'interessat, si aquest, per exercir aquesta llibertat en el seu país d'origen, córrer un risc real de ser perseguit o ser sotmès a un tracte inhumà o degradant, o a penes d'aquesta naturalesa.

El Tribunal finalment va considerar que s'havia de concedir l'estatut de refugiat als sol·licitants perquè tot i considerar que aquest encara no havia estat perseguit, si que estava fonamentat el temor que aquest patiria en cas de retornar al seu país d'origen i realitzar les pràctiques religioses que li corresponen segons les seves creences. Entenent pressuposat que el Tribunal no pot esperar en cap cas que els subjectes renunciïn a aquests actes religiosos¹⁶⁶.

¹⁶⁶ Tribunal de Justícia de la Unió Europea. Sentència de 5 de setembre de 2012. Assumptes acumulats C-71/11 I C-99/11.

2.2.4 Persecució per raó de pertinença a un determinat grup social

Pertenença a un determinat grup social s'ha d'entendre que aquest grup “*té un mateix origen i forma de vida o el mateix status social*”¹⁶⁷. Això però no és suficient, sinó que a més es precisa que hi hagi “enemistat” de les autoritats del govern en relació amb aquest grup, de manera que es consideri que es vulneren els drets fonamentals¹⁶⁸. Això apareix regulat a l'art.2 de la Declaració Universal dels Drets de l'Home de 1948, i també, en els articles 2 i 6 del pacte de Drets Econòmics, Socials i Culturals i del Pacte de Drets Civils i Polítics. A més, la Directiva sobre requisits per al reconeixement, concretament al seu article 10, exigeix expressament que es tingui en compte la identitat de gènere o orientació sexual a efectes de determinar la pertinença a un determinat grup social.

Això ho corrobora la STJUE de 7 de novembre de 2013 on tres persones procedents de diferents països del continent africà al·leguen com a acte de persecució la seva orientació sexual. Els tres països en qüestió, Serra Lleona, Uganda i Senegal, castiguen la homosexualitat penalment de manera dura i severa. El Tribunal de Justícia de la UE explica que un grup constitueix un determinat grup social quan concorren dos requisits acumulatius. Un d'ells és que els membres del grup han de compartir una característica innata o uns antecedents comuns que no poden canviar-se, o bé una característica o creença que resulta tan fonamental per a la seva identitat que no se'ls pot exigir que renunciïn a ella. El segon requisit és que aquest grup ha de posseir una identitat diferenciada en el país tercer de que es tracti per ser percebut com a diferent per la societat que l'envolta. Així, el Tribunal considera que les persones homosexuals poden considerar-se que formen part d'un determinat grup social ja que la orientació sexual constitueix una de les característiques que resulten fonamentals per a la identitat d'una persona que no se li pot exigir que renunciï a ella. A més en els països d'on provenen els subjectes, aquell grup de persones que comparteix la mateixa orientació sexual tenen una identitat diferenciada per ser percebut com a diferent de la resta de la societat que els envolta. Aquest últim aspecte és corroborat per l'existència de la legislació penal que castiga a aquestes persones. “*El simple fet de tipificar com a delictes actes homosexuals i de castigar aquests delictes amb una pena privativa de llibertat constitueix un acte de persecució*”. Tot plegat comporta l'evidència per part del Tribunal de que no és legítim esperar que els subjectes amaguin la seva orientació per evitar ser perseguits. De tota manera el Tribunal especifica però que no podrà entendre's com a orientació sexual en

¹⁶⁷ LÓPEZ GARRIDO, Diego. *El derecho de asilo*. op. cit. p. 70

¹⁶⁸ *Guía sobre el Derecho de asilo*. op. cit. p.34-44

un sentit que comporti actes considerats delictius per la legislació nacional dels Estats membres¹⁶⁹.

2.2.5 Persecució per raó de les opinions polítiques

La llibertat d'opinió pública està proclamada a l'art.19 de la Declaració Universal dels Drets de l'Home, a l'art.19 del Pacte sobre Drets Polítics de 1996, a l'art 10 del CEDH de 4 de novembre de 1950. El concepte d'opinions polítiques s'ha de prendre en sentit ampli, de manera que s'entengui com a qualsevol opinió sobre matèries que impliquen l'aparell de l'Estat, el Govern o la Policia.

Aquesta persecució pot ser conseqüència tant de que l'interessat hagi expressat les seves opinions polítiques com que no ho hagi fet però aquestes hagin arribat al coneixement de les autoritats del seu país. Fins i tot, segons el Manual d'ACNUR, entraria dins d'aquest concepte aquelles opinions que l'individu no ha fet públiques i que les autoritats tampoc les coneguin pel simple fet de que l'interessat les hagués ocultat per temor a ser perseguit. La qual cosa implica que no haurà de demostrar que les autoritats del país coneixen les seves opinions¹⁷⁰.

Un exemple sobre un procediment de sol·licitud d'asil al·legant persecució per les seves opinions polítiques és el cas d'un matrimoni, ell musulmà kurd suní i ella persa musulmana xiïta, que van fugir d'Iran i van sol·licitar asil a Suècia al·legant persecució per opinions polítiques. Ell declarava que havia estat un activista polític a Iran i que sempre havia estat interessat en la causa kurda. Que en una ocasió havia estat arrestat i interrogat per estar involucrat en una discussió sobre aquest tema. Ella treballava en un canal de televisió kurda prohibit a Iran i considerat crític contra el règim iraní. El tribunal observa des d'un començament que en tot cas al país on els demandants seran retornats és un país en situació preocupant pel que fa als drets humans, on a més en els darrers temps encara s'ha deteriorat més. El Tribunal considera que els demandants han participat en nombroses activitats polítiques en pro dels drets humans que són d'especial rellevància pel que fa al risc de retorn a Iran. En aquest punt i examinant la situació particular i personal dels sol·licitants, el Tribunal va considerar que existien motius suficientment fonamentats per creure que si els demandants eren retornats al seu país

¹⁶⁹ Tribunal de Justícia de la Unió Europea. Sentència de 7 de novembre de 2013. Assumptes acumulats C-199/12 a C-201/12.

¹⁷⁰ LÓPEZ GARRIDO, Diego. *El derecho de asilo*. op.cit. p. 71; PÉREZ BARAHONA, Sergio. *El estatuto de "refugiado"*... op. cit., p. 239.

patirien un risc real de ser objectes de tractament contrari a l'article 3 del Conveni (tortura, penes o tractes inhumanes o degradants)¹⁷¹.

3. EFECTES DE L'APLICACIÓ DEL NON-REFOULEMENT

3.1 Aplicació als sol·licitants d'asil

Un dels efectes que ha tingut l'aplicació del *non-refoulement* és que aquesta s'ha estès també als sol·licitants d'asil mentre duri el procediment de verificació.

El principi de *non-refoulement*, inclòs a la Convenció de Ginebra al seu article 33, fa referència a la prohibició de l'expulsió o devolució dels refugiats. Així, si ens cenyim a la primera idea literal de l'article sembla que els sol·licitants d'asil no entrarien dins d'aquells beneficiaris de ser protegits pel *non refoulement*, ja que són sol·licitants i encara no se'ls ha reconegut la condició de refugiat. Si bé és cert però, que la condició de refugiat existeix o no existeix independentment que no hagi estat reconeguda de manera formal. De manera que el concepte de refugiat és un terme declaratiu i no constitutiu de la situació de les persones. Per tant, es considera que els sol·licitants d'asil també són beneficiaris de la protecció del principi de no devolució, i ho seran fins que se'ls resolgui la sol·licitud, ja sigui de manera positiva i se'ls concedeixi protecció de manera que seguiran subjectes al *non-refoulement*, o negativament i per tant deixaran d'estar protegits pel *non-refoulement*.

ACNUR, en la seva Opinió Consultiva sobre la aplicació extraterritorial de las obligacions de no devolució¹⁷², en el paràgraf 24 cita textualment: “*la obligación de no devolver a un refugiado o solicitante de asilo al país donde pueda correr peligro...*”. ACNUR doncs ja considera als sol·licitants d'asil com a beneficiaris del *non refoulement*.

També, la pràctica dels estats, tal com explica PÉREZ BARAHONA, gira en el sentit d'admetre que el *non refoulement* és aplicable de la mateixa manera que als sol·licitants d'asil que aquells qui ja ostenten tal condició¹⁷³.

¹⁷¹ Tribunal Europeu de Drets Humans. Sentència de 15 de maig de 2012. Cas S.F. i altres contra Suècia. TEDH 2012/52

¹⁷² ACNUR. Opinió Consultiva sobre la aplicació extraterritorial... op.cit. [<http://www.refworld.org/pdfid/4a8124152.pdf>] [Consulta: 26/3/2015]

¹⁷³ PÉREZ BARAHONA, Sergio. *El estatuto de “refugiado”*... op. cit., p. 233.

3.2 Aplicació als grups massius i l'expulsió col·lectiva¹⁷⁴

Un altre dels efectes del principi de no devolució dels refugiats és aquell que té a veure amb l'expulsió o devolució d'un grup d'individus. Aquest fet estaria prohibit, pel dret europeu, ja que aquestes expulsions contrariarien l'article 78 del TFUE. A més, i de manera explícita la Carta de Drets Fonamentals de la UE, en el seu article 19 també les prohibeix. Més concretament, en l'article 4 del Protocol nº 4 del CEDH prohibeix les expulsions col·lectives de manera concreta i concisa: "Queden prohibides les expulsions col·lectives d'estrangers"¹⁷⁵.

La condició de refugiat és individual i a més, tal com s'ha comentat anteriorment, les sol·licituds d'asil s'han d'analitzar de manera individualitzada, la qual cosa suposa que els refugiats en massa no poden ser expulsats o retornats perquè no s'ha analitzat la casuística concreta de cada cas¹⁷⁶.

El Comitè executiu d'ACNUR s'ha pronunciat repetides vegades en referència al gran problema que suposa la protecció de grups massius o grans corrents de refugiats.

Mitjançant la Conclusió nº 15 sobre els refugiats sense país d'asil, el Comitè va establir la diferència entre les persones que sol·liciten asil individualment d'aquells que ho fan formant part d'una gran corrent de persones en busca d'asil. Pel que feia a aquells que el sol·licitaven de manera individual, el que preocupava al Comitè era l'adopció de criteris compartits destinats a resoldre el problema d'identificació del país que incumbeix examinar una sol·licitud d'asil. En canvi, pel que fa a les afluències massives, l'atenció es centrava en l'acció d'assistència internacional que ja venia desenvolupant ACNUR.

Pel que fa referència al principi de *non-refoulement*, el Comitè Executiu, el 1981, va indicar que "no devolució" significa acollida, de manera que els sol·licitants d'asil havien d'obtenir sempre refugi temporal fins i tot en casos d'afluència de sol·licitants a gran escala. Amb l'aclariment de que "els Estats que degut a la seva situació geogràfica desavantatjosa o que per altres raons fossin objecte d'una afluència de refugiats a gran escala, en cas necessari i a petició pròpia haurien de rebre assistència immediata d'altres Estats en conformitat amb una distribució equitativa de la càrrega"¹⁷⁷. Continuant amb el Comitè Executiu, aquest, el

¹⁷⁴ Veure cap. V Anàlisi de sentència Tribunal Europeu de Drets Humans Cas contra Hirsi Jamaa i altres contra Itàlia de 23 de febrer de 2012

¹⁷⁵ Protocol número 4 al *Conveni Para la Protecció dels Drets Humans i de les Llibertats Fonamentals reconeixent certs drets i llibertats a més de les que ja figuren en el Conveni i en el Protocol Addicional al Conveni* (Estrasburg, 16 de setembre de 1963). Art. 4: "Queden prohibides les expulsions col·lectives d'estrangers"

¹⁷⁶ GORTÁZAR ROTAECHE, Cristina J. *Derecho de asilo y ...* op. cit. p. 295-313.

¹⁷⁷ Conclusió nº 19 (XXXI), DE 1981, paragraf b).

mateix any (1981) va aclarir que “*en situacions d’afluència en gran escala, s’han d’admetre a les persones en busca d’asil en l’Estat on van buscar refugi en primer lloc, i si aquest Estat no pot admetre’ls durant un període de temps prolongat, al menys ha d’admetre’ls temporalment, en tots els casos, i prestar-los protecció d’acord amb els principis establerts més avall [normes humanes bàsiques mínimes]; i a més en tots els casos s’ha d’observar de manera escrupolosa el principi de no devolució, inclòs el no rebuig en la frontera*”¹⁷⁸.

3.3 Àmbit d’aplicació territorial¹⁷⁹

El fet que un Estat estigui obligat per el principi de no devolució, el que és precís, no és si la persona es troba dins del territori nacional de l’Estat o en un territori que està sota la jurisdicció sobirana de l’Estat, sinó que el realment important és si aquesta persona està subjecte al control i autoritat d’aquest Estat. Això ho corrobora la Observació General n° 31 del Comitè de Drets Humans, on en l’art.2.1 s’estableix que els Estats Part han de respectar i garantir els drets reconeguts en el Pacte a totes les persones que es trobin en el seu territori i a totes les que estiguin subjectes a la seva jurisdicció¹⁸⁰. Per tant, tot i que una persona no es trobi en el territori d’un Estat, si es troba sota el seu control, aquest Estat haurà de garantir-li els drets que es mencionen en el Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics.

Un altra qüestió a tenir en compte és que en un primer moment semblava que el *non refoulement* només feia referència a aquells refugiats que es trobaven ja dins del territori de l’Estat del que en pretenien protecció, però s’ha estès també a aquelles sol·licituds d’asil que es troben a la frontera. De fet, el mateix article 33 de la Convenció de Ginebra parla de no posar a un refugiat de cap manera a les fronteres dels territoris on la seva vida o llibertat perilli¹⁸¹. És important aclarir que per fronteres hem d’entendre-hi no només les terrestres, sinó també totes aquelles enteses com a tal en sentit ampli, com podrien ser les marítimes. Els ports han estat habitualment punts de retorn o expulsió de persones que intentaven arribar al territori de l’Estat per sol·licitar asil i no hauria de ser així perquè s’ha de prendre

¹⁷⁸ Conclusió n° 22 (XXXII) del Comitè Executiu de ACNUR, de 1981, i la Nota sobre la protecció internacional emesa per ACNUR.

¹⁷⁹ Veure cap.V Anàlisi cas Hirsi Jamaa

¹⁸⁰ Observación General n° 31. Comité de Derechos Humanos. [en línia]
[<http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=478b26ea2>]
[Consulta: 29/03/2015]

¹⁸¹ PÉREZ BARAHONA, Sergio. *El estatuto de “refugiado”*... op. cit., p. 234

el concepte frontera de manera amplia (no només és vàlida aquella interpretació de frontera benèfica pels Estats)¹⁸².

4. EXCEPCIONS AL PRINCIPI DE NON-REFOULEMENT

El principi de no devolució establert en l'article 33.1 de la Convenció de Ginebra no és absolut en quan a la seva aplicabilitat, sinó que està limitat per dues excepcions que la mateixa Convenció estipula en el segon apartat de l'article 33¹⁸³:*“no podrà invocar els beneficis de la present disposició el refugiat que sigui considerat, per raons fonamentades, com un perill per a la seguretat del país on es troba o que, havent estat objecte d'una condemna definitiva per delictes particularment greus, constitueixi una amenaça per a la comunitat de tal país”*¹⁸⁴.

ACNUR ha precisat que per tal que aquestes circumstàncies excepcionals es compleixin, és necessari que el perill que suposi el “refugiat” pel país d'acollida no ha de ser només considerable, sinó que ha de ser molt seriosa, com podria ser per exemple una amenaça a la constitució del país, a la integritat territorial, a la independència o pau externa.

Si fem referència a la segona clàusula d'excepció (ser objecte d'una condemna definitiva per delictes particularment greus), és necessari concretar què s'entén per un delictes particularment greu. En aquest cas, ACNUR considera que per exemple assassinat, violació, robatori a mà armada, serien delictes que entrarien dins de la gravetat que precisa la segona excepció de l'art. 33.2. A més, per tal de poder aplicar aquesta clàusula, és totalment necessari que el procés en que l'individu fos condemnat per el delictes en qüestió, hagi estat un procediment on s'hagin respectat de manera estricta les garanties requerides.

Aquesta darrera excepció, no s'aplicarà quan el fet de retornar o expulsar a la persona condemnada pugui concórrer un risc substancial de tortura o tractes cruels, inhumans o degradants, així com el càstig, ja tal devolució equipararia a la tortura o maltractaments, els

¹⁸² GÓRTAZAR ROTAECHE, Cristina J. *Derecho de asilo y ...* op. cit. p. 300.

¹⁸³ GIL BAZO, Maria Teresa. *Non refoulement (no devolució)*. Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación al Desarrollo. [en línia]
[<http://www.dicc.hegoa.ehu.es/listar/mostrat/157>] [Consulta: 28/03/2015]

¹⁸⁴ Art.33.2 Convenció de Ginebra

quals han estat prohibits en diversos tractats internacionals com en el Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics o la Convenció de les Nacions Unides¹⁸⁵.

A més de l'article 33 de la Convenció de Ginebra, a nivell comunitari també trobem una Directiva que fa referència a l'exclusió de la condició de refugiat. Aquesta és la Directiva 2011/95/UE del Parlament Europeu i del Consell de 13 de desembre de 2011, on hi podem trobar en el seu article 12 (exclusió), concretament en el seu apartat segon els motius que fonamentats comportarien l'exclusió de la seva consideració de refugiats. Concretament esmena: *“Els nacionals de tercers països o els apàtrides quedaran exclosos de ser refugiats en cas de que existeixin motius fonamentats per considerar que: a) han comès un delictes contra la pau, un delictes de guerra o un delictes contra la humanitat dels definits en els instruments internacionals elaborats per adoptar disposicions respecte de tals delictes; b) han comès un greu delictes comú fora del país de refugi abans de ser admesos com a refugiats, és a dir, abans de l'expedició d'un permís de residència basat en la concessió de l'estatut de refugiat; els actes especialment cruels, fins i tot si la seva comissió persegueix un supòsit objectiu polític, podran catalogar-se com a delictes comuns greus; c) s'han fet culpables d'actes contraris a les finalitats i als principis de les Nacions Unides establerts en el Preàmbul i en els articles 1 i 2 de la Carta de les Nacions Unides*¹⁸⁶”.

El Tribunal de Justícia de la Unió Europea s'ha referit a la finalitat de les clàusules d'exclusió b) i c) tenen com a objectiu sancionar actes comesos en el passat. De fet, es destaca que aquestes clàusules d'exclusió van ser instituïdes amb la finalitat d'excloure l'estatut de refugiat a les persones considerades indignes de la protecció inherent a aquest i d'evitar que la concessió de tal estatut permetés als autors de determinats delictes greus eludir la responsabilitat penal. Per tant, aquest doble objectiu no tracta únicament de subordinar l'existència d'un perill actual per l'Estat membre d'acollida. En definitiva doncs, el fet que s'exclouï l'estatut de refugiat en relació a aquests apartats de l'article 12 no significa que la persona interessada suposi un perill actual per l'Estat membre d'acollida¹⁸⁷.

Un exemple clar en relació als motius d'exclusió de la condició de refugiat és la sentència de 9 de novembre de 2010 del Tribunal de Justícia de la UE. En ella, es planteja el cas de la

¹⁸⁵ ACNUR. *La Determinación del Estatuto de Refugiado ¿Cómo identificar quién es un refugiado?*. Módulo autoformativo nº. 2. 1 de setembre de 2005

[http://www.acnur.es/PDF/7962_20120511104712.pdf] [Consulta: 28/03/2015]

¹⁸⁶ Article 12, apartat 2 de la Directiva 2011/95/UE del Parlament Europeu i del Consell, de 13 de desembre de 2011

¹⁸⁷ Tribunal de Justícia de la Unió Europea. Sentència de 9 de novembre de 2010. Assumptes acumulats C-57/09 i C-101/09. C.103 a C.105

possible atribució declarativa de l'estatut de refugiat, així com, amb caràcter subsidiari, la possible concessió del benefici d'una prohibició de retorn al seu país d'origen.

Els dos subjectes, procedents de Turquia havien format part de diferents agrupacions que s'auto-definien per característiques polítiques, havien participat en la lluita armada en nom de cadascuna de les agrupacions¹⁸⁸.

El Tribunal, en referència a la consideració de greus delictes comuns o d'actes contraris a les finalitats i als principis de les Nacions Unides, diu que s'ha de tenir en compte que, fins i tot quan es cometin amb un objectiu suposadament polític, els actes de naturalesa terrorista, caracteritzats per la seva violència contra la població civil, han de ser considerat greus delictes comuns, com als que es refereix el sentit de l'apartat b). A més, els actes de terrorisme internacional són, en termes generals i amb independència de la participació d'un Estat, contraris a les finalitats i als principis de les Nacions Unides. Per tal d'esbrinar si l'autoritat de l'Estat membre de que es tracti pot aplicar aquest article de la Directiva pel que fa a aquests dos subjectes, aquesta haurà de fer una avaluació dels fets concrets que ha tingut coneixement de que es tracti, analitzant-ho, únicament, de manera individual¹⁸⁹.

De la mateixa manera, el Tribunal considera que el fet de que una persona hagi pertanyut a una organització que utilitzi elements terroristes està subordinada a un examen individual de fets concrets que permetin apreciar si hi ha motius fonamentals per pensar que en el marc de les seves activitats en tal organització, aquesta persona cometés un delictes comú greu o es va fer culpable d'actes contraris a les finalitats i als principis de les Nacions Unides, o va incitar a la omissió d'aquests delictes o actes, o bé va participar en ella de qualsevol altra manera, en el sentit de l'article 2, apartat 3 de la Directiva¹⁹⁰.

En aquest cas el Tribunal considera que els subjectes queden exclosos de la consideració de refugiats, però, preveu que aquesta exclusió no significa que els subjectes no puguin sol·licitar protecció en el marc d'una «altra classe de protecció» que estigui fora del seu àmbit d'aplicació¹⁹¹.

L'article 3 de la Directiva s'ha d'interpretar segons el Tribunal com que els Estats membres poden reconèixer el dret d'asil en virtut del seu Dret Nacional a una persona que estigui

¹⁸⁸ Tribunal de Justícia de la Unió Europea. Sentència de 9 de novembre de 2010. Assumptes acumulats C-57/09 i C-101/09. C.43-44 i C. 56-58

¹⁸⁹ Tribunal de Justícia de la Unió Europea. Sentència de 9 de novembre de 2010. Assumptes acumulats C-57/09 i C-101/09. C.91

¹⁹⁰ Tribunal de Justícia de la Unió Europea. Sentència de 9 de novembre de 2010. Assumptes acumulats C-57/09 i C-101/09. C. 94

¹⁹¹ Tribunal de Justícia de la Unió Europea. Sentència de 9 de novembre de 2010. Assumptes acumulats C-57/09 i C-101/09. C. 116

exclusa de l'estatut de refugiat segons l'apartat 2 de l'article 12 al que abans fèiem menció, sempre que això no suposi un risc de confusió entre aquesta altre classe de protecció i l'estatut de refugiat en el sentit de la Directiva¹⁹².

En definitiva, el Tribunal considera que el fet que una persona hagi format part d'una organització de les que s'estableixen en la Posició 2001/931/PESC del Consell, de 27 de desembre de 2001, relativa a organitzacions relacionades amb actes de terrorisme, no suposa que l'haguem de considerar de manera automàtica com un motiu fonamentat per pensar que aquesta persona ha comès un "greu delictes comú" o "actes contraris a les finalitats i als principis de les "Nacions Unides". En el cas que, després d'una apreciació concreta i individual del que ens ocupa es pugui efectivament imputar als subjectes de responsabilitat individual per la comissió d'actes comesos en el si d'una organització armada, suposarà l'exclusió de l'estatut de refugiat (tot i que això no significa que aquestes persones representin avui un perill per l'Estat membre d'acollida. En segon terme el Tribunal deixa clar que els Estats membres tenen la facultat de reconèixer dret d'asil en virtut del seu propi Dret nacional a una persona que hagi estat exclosa de l'estatut de refugiat, com és el cas que ens ocupa, sempre que no suposi, aquest reconeixement, una confusió entre la protecció provinent del reconeixement d'un dret d'asil per l'Estat nacional i l'estatut de refugiat en virtut de la Directiva¹⁹³.

¹⁹² Tribunal de Justícia de la Unió Europea. Sentència de 9 de novembre de 2010. Assumptes acumulats C-57/09 i C-101/09. C.121

¹⁹³ Tribunal de Justícia de la Unió Europea. Sentència de 9 de novembre de 2010.

V. ANÀLISI DEL CAS HIRSI JAMAA I ALTRES CONTRA ITÀLIA. TRIBUNAL EUROPEU DE DRETS HUMANS I EL PRINCIPI DE *NON-REFOULEMENT*

Els vaixells del Servei de Vigilància Duanera de la policia italiana (*Guardia di finanza*) i els Guardacostes van interceptar, el 6 de maig de 2009, a tres embarcacions que es trobaven situades a 35 milles nàutiques al sud de Lampedusa. Aquesta zona forma part de l'àrea de responsabilitat del govern maltès. Els passatgers que es trobaven en aquestes embarcacions interceptades, unes dos-cents persones aproximadament, van ser traslladades a vaixells militars italians i tot seguit van ser retornats a Trípoli (Líbia). A més, el personal militar, els hi van confiscar tots els seus efectes personals, inclosos els documents que confirmaven la seva identitat.

Un cop a Trípoli i després d'un viatge de 10 hores sense ser informats del destí on es dirigien i sense intenció per part de les autoritats militars, d'identificar als passatgers, aquests van ser entregats a les autoritats líbies tot i la seva oposició a aquesta entrega.

El 26 de maig de 2009 alguns dels passatgers, concretament 11 ciutadans somalis i 13 ciutadans eritreus, que es trobaven en les embarcacions interceptades van interposar una demanda davant el Tribunal Europeu de Drets Humans. En aquesta demanda al·legaven que amb la deportació portada a terme per les autoritats italianes a Líbia s'havia produït la violació de l'article 3 del Conveni per a la Protecció dels Drets Humans i de les Llibertats Fonamentals (que prohibeix la tortura)¹⁹⁴, així com, l'article 4 del Protocol nº4 (que prohibeix les expulsions col·lectives)¹⁹⁵.

Pel que fa a la violació de l'article 3 del CEDH el Tribunal considera que aquest aspecte s'ha d'analitzar de manera separada en dues qüestions, una pel que fa al risc de que els

¹⁹⁴ Article 3 del CEDH: *Prohibició de tortura* "Ningú podrà ser sotmès a tortura ni a penes o tractes inhumans o degradants".

¹⁹⁵ Article 4 del Protocol Protocolo nº 4 al Conveni per a la Protecció els Drets Humans i de les Llibertats Fonamentals, reconeixent certs drets i llibertats a més dels que ja figuren en el Conveni i en el primer Protocol addicional al Conveni: *Prohibició de les expulsions col·lectives d'extrangers* "Queden prohibides les expulsions col·lectives d'extrangers"

demandants patissin tractes inhumans o degradants a Líbia, i l'altra pel que fa al perill de ser retornats als seus països d'origen respectius¹⁹⁶.

En quant a la primera de les qüestions relacionada amb la vulneració de l'art.3 del CEDH, el Tribunal considera que *“tota expulsió, extradició o qualsevol altre mesura destinada a expulsar a un estranger pot plantejar dificultats des de la perspectiva de l'article 3, i per tant, suscitar l'exigència de responsabilitat, en virtut del Conveni, a l'Estat autor de l'expulsió, sempre que es demostrï l'existència de motius substantius per creure que l'individu en qüestió si hagués estat expulsat, estaria exposat a un risc real de ser sotmès a tractes contraris a l'article 3 en el país receptor. En aquestes circumstàncies, l'article 3 implica la obligació de no expulsar a l'individu d'aquest país¹⁹⁷”*. Així doncs el Tribunal va procedir a avaluar la situació de Líbia en relació amb l'article 3. Per tal d'avaluar els riscos de Líbia, el Tribunal es basa en informes recents elaborats per associacions internacionals dedicades a la protecció dels drets humans.

La violació de l'article 3, segons el Tribunal no es basa únicament en aquells casos on qui la porta a terme són funcionaris públics, sinó també quan prové de determinats individus o grups d'individus que no tenen aquesta condició. El que si és necessari acreditar és que el perill és real i que l'Estat d'acollida no farà front o no és capaç de fer front a aquestes situacions amb la finalitat d'evitar-les. Tenint en compte sempre que el moment a analitzar és quan van passar els fets, així en el cas que ens pertoca estem parlant del maig de 2009.

Així, prosseguint amb l'avaluació de la situació del país, el Tribunal observa que la situació que es vivia a Líbia es va deteriorar amb el tancament de l'oficina que tenia ACNUR a Trípoli durant l'abril del 2010 conjuntament amb les posteriors revolucions populars que van iniciar-se al febrer de 2011. Però tal com hem dit, el Tribunal no pot tenir en compte aquestes circumstàncies en ser posteriors al moment dels fets. De manera que si ens centrem únicament en el moment on es planteja la qüestió que ens ocupa, hem de dir que aleshores l'estat libi no complia amb les normes de protecció dels refugiats, de manera que aquells individus que entraven al territori de l'estat de manera il·legal eren seguidament considerats com a immigrants clandestins. La qual cosa feia que no hi havia diferenciació entre els immigrants il·legals i els sol·licitants d'asil. El fet que no divergís el tracte entre uns i altres comportava que els sol·licitants d'asil eren igualment detinguts en condicions considerades inhumanes¹⁹⁸. No suficient amb això, els immigrants clandestins tenint un alt risc de ser

¹⁹⁶ Tribunal Europeu de Drets Humans. Cas Hirsi Jamaa i altres contra Itàlia. JUR/2012/68517. C. 84

¹⁹⁷ Tribunal Europeu de Drets Humans. Cas Hirsi Jamaa i altres contra Itàlia. JUR/2012/68517. C.113

¹⁹⁸ Segons informes d'ACNUR, de Human Rights Watch i d'Amnistia Internacional

retornats al seu país d'origen, la qual cosa comportava que si un cop allà, aconseguien recuperar la llibertat, les seves condicions posteriors de vida serien realment complicades degut a la situació irregular en la que es trobaven. En relació al que s'acaba d'exposar, el Tribunal va afirmar que no era suficient la ratificació de tractats internacionals que garantissin els drets fonamentals o l'existència de normes internes, ja que segons determinades informacions arribades al Tribunal, se sap que les autoritats no actuen a la pràctica en respecte als principis que s'estableixen en aquests convenis.

Tot i l'al·legació d'Itàlia de que les seves actuacions eren conseqüència vàlida dels acords bilaterals amb Líbia, el Tribunal considera que aquesta no és raó per escapar de les seves responsabilitats. I més, tenint en compte que el govern libi, tot i tenir una oficina d'ACNUR a Trípoli, mai va reconèixer oficialment l'activitat d'aquesta oficina de la ONU.

Aquest principi de no devolució al que ens referim constantment està consagrat entre d'altres a la Conveni Europeu de Drets Humans, on es presta especial atenció en la importància de complir amb el principi *de non-refoulement* en aquelles operacions portades a terme a alta mar per part dels estats membres de la Unió Europea.

En definitiva, el Tribunal declara en el C. 137 que les autoritats italianes eren totalment coneixedores de la situació que es vivia a Líbia. Situació que suposava una vulneració de l'article 3 del Conveni pel que fa als tractes inhumans que rebrien els estrangers en qüestió un cop allí. Tot i aquesta coneixença per part de les autoritats italianes, aquestes van procedir a retornar els demandants a Líbia.

En quan a la segona qüestió a analitzar per part del Tribunal en referència a la vulneració de l'article 3 del Conveni, aquesta fa referència a l'exposició de la repatriació arbitrària dels demandants a Eritrea i Somàlia.

El Tribunal deixa clar que el fet de realitzar una expulsió indirecta no suposa un eximent de la responsabilitat. Això és així perquè la Part Contractant està obligada a assegurar que l'estranger que serà expulsat per ella no correrà un risc de ser sotmès a tractes contraris a l'article 3. D'aquesta manera, la Part Contractant s'ha d'ocupar d'assegurar que el país on expulsa de manera directa a la persona no procedirà a continuació a realitzar una devolució d'aquesta al seu país d'origen on podria patir riscos potencials. A no ser, que es tingui total certesa que abans de portar a terme aquesta devolució al país d'origen, el país intermediari realitzarà un examen exhaustiu de la situació del país d'origen i que només procedirà a aquesta devolució quan aquest examen resulti satisfactori, a la vegada que assegurari la inexistència de riscos d'aquesta mena. A tot plegat, el Tribunal afegeix que aquest examen per part de la Part Contractant s'ha de realitzar de manera encara més estricte si el país on es

pretén expulsar no és un Estat Part del Conveni, com seria el cas de Líbia. Així doncs, podem afirmar que Itàlia haurà d'haver-se assegurat de que Líbia era un país segur. Amb país segur ens referim a que els allí expulsats no hi patirien tractes inhumans o degradants, alhora que, un cop allí no serien retornats al país d'origen sense que Líbia abans s'assegurés de que la situació en els països pertinents era l'adequada segons el Conveni Europeu de Drets Humans.

És important tenir en compte, en el cas que ens ocupa, que Eritrea i Somàlia presenten, segons informes d'ACNUR i Human Rights, riscos de ser tractats en les condicions humanes que es consideren adequades. Més concretament s'observa que pel que fa a Eritrea els repatriats de manera forçosa pateixen risc a tortura i a detencions inhumes pel fet d'abandonar un país de manera il·legal. Pel que fa a Somàlia, consten per les persones retornades un alt risc de violència i a veure's forçades a estar-se en zones afectades per conflictes armats o sinó haver d'acudir a camps de refugiats per tal d'evitar aquesta situació. Zones, que com és evident, les condicions de vida estan molt allunyades de ser les desitjables. A més, tan en un país com en l'altre hi ha una gran inseguretats.

Tot plegat era del coneixement de les autoritats italianes i sinó, ho haurien d'haver sabut. D'aquesta manera si Itàlia no tenia constància del respecte i reconeixement de la concessió de la condició d'estatut de refugiat concedit per ACNUR, ni les garanties de que Líbia no retornaria als demandants al país d'origen, aquesta no es pot eximir de responsabilitat, perquè tal com declara el Tribunal, *“corresponia a les autoritats italianes el deure de determinar de quina manera les autoritats líbies complien amb les seves obligacions internacionals en el que respecte a la protecció dels refugiats”*¹⁹⁹.

Un dels aspectes importants a destacar d'aquest cas és el fet que estem parlant d'un col·lectiu d'estrangers, la qual cosa es contempla a l'article 4 del Protocol nº 4 on s'esmena la prohibició d'expulsar estrangers de manera col·lectiva. El Tribunal entén que es considerarà expulsió col·lectiva d'estrangers *“tota mesura adoptada per l'autoritat competent que tingui per objectiu obligar a individus estrangers, com a grup, a abandonar el país, excepte si aquesta mesura és adoptada després de, i en base a, un examen raonable i objectiu dels casos particulars de cada individu estranger d'aquest grup”*²⁰⁰.

Aquest cas del Tribunal Europeu és rellevant per diferents qüestions però una d'elles és per ser el primer cop que el Tribunal ha de determinar si l'article 4 del Protocol nº 4 és aplicable

¹⁹⁹Tribunal Europeu de Drets Humans. Cas Hirsi Jamaa i altres contra Itàlia. JUR/2012/68517. C.157

²⁰⁰ Tribunal Europeu de Drets Humans. Cas Hirsi Jamaa i altres contra Itàlia. JUR/2012/68517. C.166

a casos relatius a expulsions d'estrangers a un país tercer portades a terme fora del territori nacional. Ha d'examinar si en el sentit d'aquesta disposició, el trasllat dels demandants a Líbia constituïa una "expulsió col·lectiva d'estrangers". Així, el Tribunal remarca la falta de la noció "territori" en la disposició referida, mentre que l'article 3 del mateix Protocol sí menciona expressament l'abast territorial de la prohibició d'expulsar ciutadans. Si anem a veure la finalitat de l'art. 4 del Protocol nº 4, aquesta és la d'impedir que els Estats puguin expulsar a determinats estrangers sense abans examinar les seves circumstàncies personals ni deixar-los presentar els seus arguments en contra de la mesura adoptada per l'autoritat competent. Ja que si no tinguéssim en compte aquesta finalitat, aquells que "fugissin" del seu país d'origen per via marítima, serien expulsats sense possibilitat de beneficiar-se d'un examen de les seves circumstàncies personals²⁰¹. A tot plegat el Tribunal ha admès que les expulsions col·lectives són una manera de manifestar l'exercici de la jurisdicció extraterritorial dels Estats. Ho reitera en el C.180 quan expressa la seva consideració de que "les expulsions d'estrangers portades a terme en el marc d'intercepcions a alta mar per part de les autoritat d'un Estat que exerceixi la seva competència sobirana, i que tinguin com efecte el d'impedir als migrants arribar a les fronteres d'aquest Estat o, fins i tot, empènye'ls cap a un altre Estat, constitueixen un exercici de jurisdicció en el sentit de l'article 1 del Conveni²⁰² que implica responsabilitat de l'Estat en qüestió en virtut de l'article 4 del Protocol nº4. Així el Tribunal considera que és el cas d'Itàlia quan van portar a terme el trasllat dels demandants a Líbia amb la intenció d'impedir-los l'arribada en territori nacional italià.

En definitiva el Tribunal considera que existeix vulneració de l'article 4 del Protocol (expulsió col·lectiva) ja que en cap moment les autoritats italianes van fer cap tipus d'actuació que invoqués al pensament a que aquestes oferissin les garanties corresponents a analitzar o a tenir en compte les circumstàncies personals de cadascun dels interessats. Tot i que és precís aclarir que no podem entendre per expulsió col·lectiva aquell resultat d'una presa de decisions similars en diferents estrangers, sempre i quan aquestes decisions hagin estat fruit del resultat d'una oportunitat de presentar arguments de manera individualitzada davant les autoritats competents per tal d'aconseguir impugnar, de manera individualitzada, la mesura d'expulsió dirigida contra elles. A tot plegat el Tribunal fa l'incís d'excloure la violació de l'article 4 del Protocol nº 4 si el fet que no es produís una expulsió individualitzada és culpa dels demandants.

²⁰¹ Tribunal Europeu de Drets Humans. Cas Hirsi Jamaa i altres contra Itàlia. JUR/2012/68517. C.177

²⁰² Art.1 CEDH: Obligació de respectar els drets humans "*Les Altes Parts Contractants reconeixen a tota persona sota la seva jurisdicció els drets i llibertats definits en el Títol I del present Conveni*"

Per concloure aquesta qüestió, el Tribunal declara que sí que es va produir una violació de tal article degut a que no van existir en cap cas, cap mena de garanties que asseguressin que es portés a terme un examen real de les circumstàncies individuals de cadascuna de les persones implicades, ja que no va existir cap mena d'examen previ, ni cap intenció d'identificació dels demandants, de fet, ni tan sols la persona que es trobava a bord dels vaixells de retorn a Líbia estaven capacitats per realitzar entrevistes individuals.

VI. CONCLUSIONS

Més sovint del que convindria s'utilitzen indistintament els termes d'asil i refugi però és important distingir-los de manera adequada. L'asil, i en conseqüència, el fet d'atribuir el dret d'asil és una competència discrecional dels Estats. Aquest aspecte es diferencia del concepte de refugi. Podem dir que els Estats han acceptat certes obligacions relatives al refugi envers el Conveni de Ginebra sobre els Refugiats. L'obligació de refugi la podem entendre com l'obligació de concedir una determinada protecció a aquelles persones que es troben en una situació d'especial vulnerabilitat.

Una segona distinció entre aquestes termes és el fet que l'asil implica, per part dels Estats que l'atorguen, un permís d'entrada i estància en l'Estat atorgador; mentre que el refugi implicaria, per part dels Estats, una obligació de no rebutjar als beneficiaris i l'obligació de reconèixer-los un estàndard mínim de drets.

A més, per tal de que un Estat concedeixi el dret a obtenir asil a una persona, no es precisa que aquesta tingui temors fonamentats a ser perseguida. Mentre que en el cas del refugi, perquè a una persona se li reconegui la condició de refugiat, es precisarà que aquesta persona, en el seu lloc d'origen, sigui perseguida o tingui temors fonamentats a estar-ho.

El refugi, que tal i com dèiem, el trobem regulat a la Convenció de Ginebra, ja començava a prendre part de diferents normatives abans d'aquesta. França va ser el país que va aprovar la primera llei relativa als refugiats el 1832. A partir d'aquí es van anar aprovant una successió de lleis nacionals i convencions que reconeixien la condició de refugiats. Entre tots aquests textos legals que van anar sorgint referents a la condició dels refugiats, és important destacar la primera que va tenir en compte el principi de no devolució, la Convenció de 1933 relativa als refugiats russos, armenis i assimilables. Tot plegat són normatives que, en definitiva, mancaven d'una generalització dels refugiats, ja que, únicament es referien a aquells que procedien d'uns països determinats o a aquells que serien refugiats a un lloc determinat. Per tant estem parlant d'Acords o Convenis sectorials que en cap moment oferien una visió més global de la problemàtica sobre els refugiats.

De fet, la Convenció de Ginebra sobre Refugiats de 1951 a la que encara avui ens referim, també la podem considerar com a sectorial, ja que contenia limitacions, temporals i espacials, que fins a l'aprovació del seu Protocol de Nova York de 1967 no es van eliminar.

L'any 1967 l'Assemblea General de les Nacions Unides va aprovar una Declaració sobre l'Asil territorial. Declaració que es pretenia convertir en Tractat Internacional el 1977, però no es va aconseguir. Podem concloure que això va ser així degut a que aquesta Declaració debatuda recollia una subtil obligació d'asil per als Estats part. Diem que era subtil degut a que el text es referia a que els Estats part "*fessin tot el possible*" per asilar a aquells que fossin beneficiaris de la Convenció projectada. Considero que els Estats no estaven disposats a obligar-se, encara que fos mínimament, sota una possible Convenció d'Asil Territorial. Si bé és cert que ja existia la Convenció de Ginebra de 1951, aquesta no obligava als Estats part a atorgar asil, i aquí pot raure el motiu pel qual els Estats van ratificar la Convenció de Ginebra i no una possible Convenció sobre l'Asil territorial.

Pel que fa en l'àmbit dels drets humans i fonamentals ens trobem, dins del context europeu, amb el Conveni Europeu de Drets Humans, que tot i que aquest no reconeix de manera expressa el dret d'asil, ha aconseguit un cert marc de "convencionalització" gràcies a la jurisprudència del Tribunal Europeu de Drets Humans. En quan en el context de la Unió Europea tenim la Carta de Drets Fonamentals de la Unió Europea que sí que preveu expressament el dret d'asil.

En quan a l'evolució del dret d'asil i el refugi a la Unió Europea podem afirmar que ha estat substancial. Hem passat de ni tan sols considerar-los a principis dels anys 80 a establir-se en el Programa del Consell Europeu a Tampere la necessitat de crear un sistema europeu comú d'asil. El moment de canvi considerable va ser l'entrada en vigor del Tractat de Lisboa l'any 2009. Tot i que en aquell moment ja es considerava el dret d'asil, es va pretendre anar més enllà i vetllar per aconseguir un autèntic sistema comú que inclogués procediments i estatuts uniformes. És a dir, ja no n'hi havia prou amb normes mínimes en relació a l'asil, calia anar un pas més enllà i crear normes iguals i uniformes. En aquest Tractat de Lisboa es va incloure també el principi de solidaritat entre els Estats membres pel que fa al dret d'asil i al repartiment equitatiu de la responsabilitat.

Tot i que el camí cap al Sistema Europeu Comú d'Asil no ha estat ràpid ni fàcil, sembla que a dia d'avui, pel que fa a la part teòrica i normativa, s'ha aconseguit un verdader sistema que protegeix i garanteix el dret d'asil, respectant els drets dels possibles beneficiaris d'igual manera en els diferents Estats. Entre les normatives aprovades en aquest Sistema trobem la Directiva 2013/32/UE sobre procediments d'asil, la Directiva 2013/33/UE sobre les condicions d'acollida, la Directiva 2011/95/UE sobre requisits per a la consideració de beneficiaris de protecció internacional, el tant important Reglament de Dublín 604/2013 per evitar les transferències de possibles beneficiaris, i per últim, el Sistema EURODAC, que

no deixa de ser una important base de dades a les que tots els Estats poden accedir per tal de garantir el dret d'asil de la manera adequada.

Tot plegat en col·laboració de la Oficina Europea de Recolzament a l'Asil (EASO), aprovada pel reglament 439/2010 que permet una aplicació pràctica de tot el sistema i coopera amb els diferents Estats membres a que portin a terme la seva actuació. EASO a part d'oferir suport dins de la pròpia Unió Europea, també actua en la dimensió externa de la problemàtica de l'asil, recolzant a tercers països creant associacions i mitjançant programes de protecció regional i coordinant les actuacions dels diferents Estats membres pel que fa a la recol·locació de les persones. La tasca de l'EASO precisa d'una necessitat de cooperar amb altres agències de la UE, així com col·laborar amb ACNUR.

ACNUR per la seva banda és l'agència de protecció dels Refugiats de les Nacions Unides, la qual s'encarrega de promoure la conclusió de textos internacionals en matèria de refugiats i supervisar-ne la correcta aplicació per part dels diferents governs. ACNUR realitza tasques col·laborant i cooperant amb les diferents institucions dels diferents Estats relatives al refugi, alhora que actua ofereix protecció jurídica a les persones que la necessiten, crea camps de refugiats, oferint ajuda humanitària, proporcionant subministrament, etc.

ACNUR té un Comitè Executiu que d'entre d'altres funcions té la tasca de redactar unes conclusions anuals, les quals s'inscriuen en el marc del règim internacional de protecció dels refugiats. Totes aquestes conclusions es fonamenten en aquells principis que emanen de la Convenció de Ginebra per als Refugiats. Són de gran importància ja que són elaborades i adoptades amb el consens d'entre més de 50 països. Tant aquests països com d'altres es remeten a les conclusions del Comitè Executiu alhora d'elaborar les seves pròpies legislacions nacionals. Sovint aquestes conclusions interpreten o desenvolupen el Dret Internacional en relació al dret dels refugiats.

Pel que fa al respecte i garantia del dret dels refugiats a Europa trobem dues institucions judicials que se n'ocupen: el Tribunal de Justícia de la UE i el Tribunal Europeu de Drets Humans. Tot i que cadascun d'ells té tasques interpretatives de diferents normatives, sovint conviuen i es refereixen l'un a l'altre alhora d'explicar i analitzar els casos que els ocupen.

El Tribunal de Justícia de la UE podem veure com porta a terme la interpretació de les diferents directives i reglaments del Sistema Europeu Comú d'Asil. El TJUE ha explicat al llarg de les seves resolucions què s'ha de considerar, per exemple, motiu de persecució o pertinença a un determinat grup social.

En referència al Tribunal Europeu de Drets Humans, podem dir que a través de la seva tasca de protecció dels Drets Humans, és el garant per excel·lència del principi de no devolució a Europa. Així, interpreta en relació al dret a la vida (art.2 CEDH) i a la prohibició de tortura (art.3 CEDH), drets que estan indirectament relacionats amb el principi de no devolució. El Tribunal en reiterades ocasions senyala que quan l'Estat al que es pretengui enviar, expulsar o retornar una persona estigui en joc algun d'aquests drets, o hi hagi perill de que estigui en joc, serà inevitable per part de l'Estat remitent el fet de respectar la obligació de no devolució.

Després de l'anàlisi del principi de *non-refoulement* he arribat a la conclusió que estem parlant d'un tipus de norma convencional, de caràcter *ius cogens* i de naturalesa consuetudinària.

El fet de considerar que estem davant d'una norma convencional sorgeix del naixement del principi en un tractat internacional, tal com és la Convenció de Ginebra, i tot i que aquest tractat admet reserves, no existeix la possibilitat de realitzar-les sobre el principi de *non-refoulement*, regulat a l'article 33 de la mateixa. De manera que el principi de no devolució no podrà ser exclòs o modificat.

Pel que fa al caràcter de *ius cogens*, és una qüestió que ha suscitat més controvèrsia per la doctrina, però sembla que cada vegada són més els autors que acorden aquesta característica. Considero que podem acceptar-la com a tal degut a que compleix tres requisits clau per ser considerada norma *ius cogens*: és imperativa, obligatòria i no admet acord en contrari; pertany al dret internacional vigent; i per últim, és immutable, ja que cap altre tractat pot modificar-la degut a la seva protecció per la pròpia Convenció de Ginebra.

Per últim gaudeix de naturalesa consuetudinària ja que s'han pogut provar determinades pràctiques per part dels Estats on aquests actuen en respecte al principi de no devolució. Fins i tot s'han pogut provar pràctiques en aquest sentit per part d'Estats que no són signataris de la Convenció,.

El principi de no devolució ha estat senyalat pel TJUE i pel TEDH com aquell principi que s'aplicarà a aquelles persones que si bé poden estar o no subjectes a una decisió que n'admet la devolució i per tant, l'exclusió de protecció internacional, aquesta no es podrà portar a terme degut a imperioses consideracions humanitàries contràries al propi *non-refoulement* com podrien ser el risc de dolències físiques o mentals en el país on sigui retornat, o bé, el risc de que un determinat estat de salut no pugui ser tractat de manera adequada i que pugui influir en el seu dret a la vida o prohibició de tractes inhumans.

Alhora d'analitzar si una persona té temors fonamentats a ser perseguida en un determinat país, la seva sol·licitud s'ha de prendre en consideració de manera individual i analitzant la situació personal en cada cas. La Directiva 2011/95/UE estableix els motius de persecució que els podem agrupar en: persecució per raó de raça, de nacionalitat, de creences religioses, per la pertinença a un determinat grup social o per raó de les opinions polítiques. Fent un cop d'ull a la recent jurisprudència del Tribunal de Justícia de la UE, ens n'adonem de la progressió en quan a la inclusió de determinades situacions en els diferents grups de motius de persecució. Cada vegada el Tribunal tendeix més a ampliar cadascuna de les concepcions de raça, creences religioses, grup social, opinions polítiques o nacionalitat. Tot i això, sempre mantenint un criteri ferm en quan a la consideració de "risc de persecució". És a dir, el Tribunal sempre ha mantingut que per tal que es puguin considerar, els motius esmentats, com a riscos de persecució, serà necessari que les persones afectades formin part de grups de persones que es puguin distingir de la resta, almenys en les seves respectives societats, i que aquestes distincions els provoquin patir discriminacions que afectin a la seva vida, integritat física o psíquica. Un punt que el Tribunal té en compte en cada cas és el fet de que no s'ha d'esperar que aquestes persones en possible risc de persecució, s'amaguin o ocultin aquella condició que els diferencia per tal d'evitar aquesta persecució, ja que s'entén que cadascun dels motius que la directiva senyala són aspectes que formen la personalitat de les persones, aspectes als que ningú hauria de renunciar.

L'aplicació del principi de *non-refoulement* ha anat variant amb el temps de manera que s'hi han inclòs els sol·licitants d'asil. De fet, sembla el més coherent, ja que sinó, els Estats podrien retornar-los o expulsar-los sense haver-los resolt la sol·licitud, el que comportaria l'expulsió de molts refugiats, que encara no han sigut declarats com a tal, o de molts beneficiaris de protecció internacional.

Un altre punt a tractar sobre l'aplicabilitat del non-refoulement són les expulsions col·lectives. Aquestes estan prohibides de manera que no està permès expulsar o retornar a un grup massiu de persones sense abans haver-les identificat i resolt cas per cas, de manera personal i individual, cadascuna de les sol·licituds.

Una darrera qüestió a tenir en compte, i molt qüestionada pels Estats, sobretot els situats a les costes del Mediterrani, és la consideració àmplia de territori, no limitant-la al territori nacional, sinó tenint en compte la jurisdicció de l'Estat. Si una persona tot i no estar dins de les fronteres nacionals d'un Estat, es troba dins de la jurisdicció d'aquest, entendrem que serà aquest Estat el que s'haurà de fer càrrec d'aquesta persona i l'haurà de tractar d'igual manera que si estigués dins del seu territori nacional. Aquest fet ha suposat una gran

limitació en l'actuació pràctica dels Estats que sovint s'han excusat en aquesta situació d'extraterritorialitat per justificar les seves "males" actuacions.

Tot i allò explicat, el principi de non-refoulement no és un dret de caràcter il·limitat, sinó que es troba limitat per dues excepcions regulades en la pròpia Convenció de Ginebra. Una d'elles és que la persona que pretén obtenir protecció internacional sigui considerada com a perillosa pel país on es troba o bé, que estigui condemnat definitivament per un delictes greu, com podria ser assassinat, violació, etc., que pugui constituir una amenaça pel país on serà acollit. Sempre que, com és normal, aquest procés a condemna, hagi estat un procés amb totes les garanties requerides.

Com a últim capítol del treball he considerat interessant fer un anàlisi d'una sentència del TEDH, la qual recollia unes quantes de les situacions detallades teòricament al llarg de l'estudi del *non-refoulement*, com podrien ser les expulsions a alta mar, expulsions col·lectives, vulneració de la necessitat d'una identificació i d'un posterior anàlisi de sol·licitud individual, etc. En aquesta sentència podem veure com un grup de persones que es trobaven en una embarcació que es dirigia de Líbia a Itàlia, va ser aturada, per a posteriori, retornar als seus integrants a Líbia, país on, segons diferents organitzacions internacionals, no es respecten els drets bàsics de les persones en aquestes circumstàncies. Podem dir, que en la sentència es veu clarament una manera d'actuar totalment indesitjada per part d'Itàlia, que va posar en risc la vida i la integritat d'aquestes persones. Aquestes persones no van ser identificades en cap moment, ni se'ls va permetre presentar sol·licituds de protecció internacional. De fet, podem afirmar que ens trobàvem davant de persones en perill de risc de persecució en els seus països, ja que en el temps de resoldre la sentència, algunes d'elles havien pogut obtenir la condició de refugiats o bé protecció internacional d'altre mena. Aquest cas m'ha semblat un clar exemple del que encara avui es produeix a la pràctica i del que no s'hauria de produir.

En definitiva, puc dir que sembla evident l'evolució que ha patit els darrers anys el dret al refugi i al dret a l'asil, sobretot dins del marc de la Unió Europea, on s'han realitzat substancials millores, començant per la consideració de l'asil com una política comuna i acabant amb l'aprovació del Sistema Europeu Comú d'Asil el juny del 2014.

Tot i que considero que aquest avenç és digne de ser tingut en compte per la seva necessitat, encara avui hi ha moltes qüestions que no semblen haver quedat clares. Fa tot plegat poc més d'un any, quan ja estaven en camí moltes de les normatives del Sistema Europeu Comú d'Asil, van ser testimonis d'imatges esgarrifadores sobre el que passava a les costes del Mediterrani. Possibles destinataris de protecció internacional se'ls retornava al país d'on

provenien, sense ser identificats i sense que haguessin pogut plantejar tan sols, una sol·licitud d'asil davant les autoritats responsables, i en conseqüència, sense haver passat per un procediment just de resolució de la sol·licitud. Aquest no va ser un cas aïllat, i això ens porta a creure que tot i el gran avenç teòric que ha realitzat la Unió Europea en els darrers anys, aquest no és suficient. Personalment considero que falta conscienciació social, i una execució pràctica adequada a allò aconseguit fins ara, ja que si no és així, no deixa de ser paper mullat. Està en joc la vida de moltes persones, i tot i que no podem responsabilitzar únicament a la Unió Europea de totes les situacions que es produeixen, sí que la podem responsabilitzar de que la seva pràctica no sigui exemplar.

Moltes de les persones que arriben, o per desgràcia no arriben, a les costes de la Unió Europea, són possibles refugiats que necessiten que algú els hi declari tal situació, persones que necessiten d'una protecció internacional, que es veuen obligats a fugir dels seus països, no per gust, per avorriment o per enriquiment, ho fan per extrema i pura necessitat de viure i de sobreviure humanament, res més.

Per acabar, m'agradaria expressar la meua humil opinió personal sobre la necessitat de que, per una banda, es trobi un conjunt de mecanismes que puguin evitar que els refugiats es vegin obligats a jugar-se la vida. Potser una bona idea seria que les persones no haguessin d'anar fins als països de destí per a ser protegits i poder realitzar una sol·licitud de protecció internacional. La Unió Europea per la seva banda podria col·laborar en l'establiment de procediments i institucions que treballassin en els punts més problemàtics de sortida de refugiats, per tal de que almenys, s'evités posar en joc la vida de tantes persones.

Per altra banda, s'evidencia que la Unió Europea té un problema greu, actualment, sobretot a les costes del Mediterrani, que precisa d'una col·laboració i cooperació estricta amb els tercers països veïns sobretot. Crec aquesta col·laboració amb aquests tercers països és clau, però també crec que és una col·laboració que no serà gens fàcil d'aconseguir. Aquest és un altre camí que falta per recórrer.

VII. BIBLIOGRAFIA

DOCTRINA

MANUALS

- ALIJA FERNÁNDEZ, Rosa Ana. *La persecución como crimen contra la humanidad*. Barcelona: Universitat de Barcelona, 2011
- ARZAPALO VILLÓN, Tania Elisabeth. *El principio de non refoulement como ius cogens para evitar la extradición ante amenazas de tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes*. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Nacional Mayor de San Marcos
- DIEZ DE VELASCO, Manuel. *Instituciones de derecho internacional público*. 18a ed. Madrid: Tecnos, 2013
- DUFFY, Aoife. *Expulsion to Face Torture? Non-refoulement in International Law*. The Author, Oxford University Press, 2008.
- ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción. *La regulación del asilo en el ámbito comunitario antes del Tratado de la Unión Europea: El Convenio de Dublín y el Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen*. Madrid: Ministerio de Asuntos Sociales, 1995.
- GIL BAZO, Maria Teresa. *Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación al Desarrollo* [<http://www.dicc.hegoa.ehu.es/listar/mostrar/157>]
- GORTÁZAR ROTAECHE, Cristina J. *Derecho de asilo y “no rechazo” del refugiado*. Madrid: Dykinson, 1997
- JAEGER, G. *Status and International Protection of Refugees, International Institutw of Human Rights*, 9th Study Session (1978)
- JIMENEZ DE ARÉCHAGA, E. *La costumbre como fuente del Derecho Internacional*; en Sánchez, Víctor M. *Derecho Internacional Público*, Barcelona: Huygens, 2a ed. 2010
- LÓPEZ GARRIDO, Diego. *El derecho de asilo*. Madrid: Ministerio de Asuntos Sociales, INSERSO, 1991,
- LÓPEZ-ALMANSA BEAUS, Elena. *Libertad de circulación, asilo y refugio en la Unión Europea*. Valencià. Tirant lo Blanch, 2014
- MARTÍN ARRIBAS, J.J. *Los estados europeos frente al desafío de los refugiados y el derecho de asilo*. Madrid: Ed.Dykinson, Universidad de Burgos. p.55.

EL PRINCIPI DE NON REFOULEMENT I LA SEVA INSERCIÓ EN EL DRET DE LA UE

- MARTIN Y PÉREZ DE NANCLARES, José. *La inmigración y el asilo en la Unión Europea*. Madrid: ed. Colex, 2002
- MUÑOZ AUNIÓ, Antonio. *La política común europea del derecho de asilo*. València: Tirant lo Blanch, 2006
- PÉREZ BEVIA, José Antonio, *La determinación del Estatuto de Refugiado*. Servicio de publicaciones de la Universidad de Navarra, 1982
- SÁNCHEZ, Victor. M. *Derecho Internacional Público*. 2a ed. Barcelona: Huygens Editorial, 2010
- SCHNYDER, Félix *Les aspects juridiques actuels du problèmes des réfugiés*. Recueil des Cours, ADILH 1965
- TIBERGHIE, Frédéric. *La protection des réfugiés en France*. 2a ed. París: Economica, 1988
- VALLE GÁLVEZ, Alejandro del. “Evolución y tendencias. En *Derecho internacional y comunitario ante los retos de nuestro tiempo. II: La Unión Europea ante los retos de nuestro tiempo*”. Marcial Pons, Madrid, 2009
- WEIS, P. *The concept of Refugee in International Law*. Un Doc HCR/INF/49, Journal du Droit International (1960).

ARTICLES

- ACNUR. *El Manual de procedimientos i criterios para determinar la condición de refugiado*. 1988
- ACNUR. *La Determinación del Estatuto de Refugiado ¿Cómo identificar quién es un refugiado?*. Módulo autoformativo nº. 2. 1 de setembre de 2005
- ACNUR. *La situación de los refugiados en el mundo 2000*. [<http://www.acnur.org/publicaciones-SRM/cap12.php>]
- ACNUR. *Los medios de comunicación y las personas refugiadas*.
- ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS Y UNIÓN INTERPARLAMENTARIA. *Guía sobre el derecho internacional de los refugiados*. Publicación nº 2, en enero de 2003
- COMISSIÓ EUROPEA. *Llibre verd sobre el futur sistema comú d'asil*. Juny 2007. Publicaciones de la Unión Europea, 2007
- COMISSIÓ EUROPEA. *Comprender las políticas de la Unión Europea, Migración y asilo*. Publicaciones de la Unión Europea. Enero 2015
- CONDE PÉREZ, Elena. *Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Revista de Derecho Comunitario Europeo, nº 32.

EL PRINCIPI DE NON REFOULEMENT I LA SEVA INSERCIÓ EN EL DRET DE LA UE

- COUNCIL OF EUROPE. Manual de Derecho europeo sobre asilo, fronteras e inmigración. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea , 2014
- MARIÑO MENENDEZ, Fernando M. *La convención de ginebra sobre el estatuto de los Refugiados*. Revista Electrónica RECORDIP
- PARLAMENTO EUROPEO. Fichas técnicas sobre la Unión Europea-2015. Publicaciones de la Unión Europea, 2015
- PÉREZ BARAHONA, Sergio. *El estatuto de “refugiado” en la Convención de Ginebra de 1951*. REDUR nº 1. Universidad de La Rioja, 2003
- UNIÓN EUROPEA. *Oficina Europea de Apoyo al Asilo*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2014 ISBN 978-92-9243-221-8

LEGISLACIÓ

INTERNACIONAL

- ESTATUT DELS REFUGIATS, Ginebra, 28 de juliol de 1951
- PROTOCOL SOBRE L'ESTATUT DELS REFUGIATS, Nova York, de 31 de gener de 1967.
- ESTATUT DEL TRIBUNAL MILITAR INTERNACIONAL, Londres, de 8 d'agost de 1945.
- DECLARACIÓ UNIVERSAL DELS DRETS HUMANS, París, de 10 de desembre de 1948.
- CONVENI INTERNACIONAL SOBRE L'ELIMINACIÓ DE TOTES LES FORMES DE DISCRIMINACIÓ RACIAL de 21 de desembre de 1965
- PACTE DE DRETS CIVILS I POLÍTICS, Nova York, de 19 de desembre de 1966.

UNIÓ EUROPEA

- CONVENI EUROPEU DE DRETS HUMANS , Roma, 4 de Novembre de 1959
- CARTA DE DRETS FONAMENTALS DE LA UNIÓ EUROPEA, Niça, de 7 de desembre del 2000
- TRACTAT DE FUNCIONAMENT DE LA UNIÓ EUROPEA. «DOUE» núm. 83, de 30 de març de 2010
- 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
- DIRECTIVA 2004/83/CE del Consell, de 29 d'abril de 2004, per la que s'estableixen normes mínimes relatives als requisits per al reconeixement i l'estatut de nacionals de

EL PRINCIPI DE NON REFOULEMENT I LA SEVA INSERCIÓ EN EL DRET DE LA UE

- tercers països o apàtrides com a refugiats o persones que necessiten un altre tipus de protecció internacional i al contingut de la protecció concedida.
- DIRECTIVA 2005/85/CE del Consell, d'1 de desembre de 2005, sobre normes mínimes per als procediments que han d'aplicar els Estats membres per a concedir o retirar la condició de refugiat.
 - DIRECTIVA 2008/115/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 16 de desembre de 2008
 - DIRECTIVA 2011/95/UE del Parlament Europeu i del Consell, de 13 de desembre de 2011, per la que s'estableixen normes relatives als requisits per al reconeixement de nacionals de tercers països o apàtrides com a beneficiaris de protecció internacional, a un estatut uniforme per als refugiats o per a les persones amb dret a protecció subsidiària i al contingut de la protecció concedida (refosa) (aplicable des de 21 de desembre de 2015)
 - DIRECTIVA 2013/32/UE del Parlament Europeu i del Consell, de 26 de juny de 2013, sobre procediments comuns per a la concessió o la retirada de la protecció internacional (refosa)
 - DIRECTIVA 2013/33/UE del Parlament Europeu i del Consell, de 26 de juny de 2013, per la que s'aproven normes per a l'acollida dels sol·licitants de protecció internacional (refosa) (aplicable des del 21 de juny de 2015)
 - REGLAMENT (CE) n° 2725/2000 del Consell, d'11 de desembre del 2000, relatiu a la creació del sistema "Eurodac" per a la comparació de les impressions dactilars per a l'aplicació efectiva del Conveni de Dublín.
 - REGLAMENT (CE) n° 343/2003 del Consell, de 18 de febrer de 2003, pel que s'estableixen els criteris i mecanismes de determinació de l'Estat membre responsable de l'examen d'una sol·licitud d'asil presentada a un dels Estats membres per un nacional d'un tercer país.
 - REGLAMENT (UE) n° 439/2010 del Parlament Europeu i del Consell de 19 de maig de 2010 pel que es crea una Oficina Europea de Recolzament a l'Asil
 - REGLAMENT (UE) n° 603/2013 del Parlament Europeu i del Consell, de 26 de juny de 2013, relatiu a la creació del sistema "Eurodac" per a la comparació de les impressions dactilars per a l'aplicació efectiva del Reglament (UE) n° 604/2013, pel que s'estableixen els criteris i mecanismes de determinació de l'Estat membre responsable de l'examen d'una sol·licitud de protecció internacional presentada en un dels Estats membres per un nacional d'un tercer país o un apàtrida, i les sol·licituds de comparació amb les dades Eurodac presentades pels serveis de seguretat dels Estats membres i Europol a efectes d'aplicació de la llei, i pel que es modifica el Reglament (UE) N°

1077/2011, pel que es crea una agència europea per a la gestió operativa de sistemes informàtics de gran magnitud en l'espai de llibertat, seguretat i justícia (refosa) (aplicable des del 20 de juliol de 2015).

- REGLAMENT (UE) n° 604/2013 del Parlament Europeu i del Consell, de 26 de juny de 2013, pel que s'estableixen els criteris i mecanismes de determinació de l'Estat membre responsable de l'examen d'una sol·licitud de protecció internacional presentada en un dels Estats membres per un nacional d'un tercer país o apàtrida (refosa) (aplicable des de l'1 de gener de 2014)

JURISPRUDÈNCIA

- Tribunal Europeu de Drets Humans. Cas N. contra Regne Unit. Sentència de 27 maig de 2008
- Tribunal Europeu de Drets Humans. Cas Hirsi Jamaa y Altres contra Itàlia. Sentència de 23 febrer 2012. JUR\2012\68517
- Tribunal Europeu de Drets Humans. Sentència de 15 de maig de 2012. Cas S.F. i altres contra Suècia. TEDH 2012/52
- Tribunal Europeu de Drets Humans. Cas Djokaba Lambi Longa contra Holanda. Decisió 9 d'octubre de 2012
- Tribunal de Justícia de la Unió Europea. Sentència de 5 de setembre de 2012. Assumptes acumulats C-71/11 i C-99/11.
- Tribunal de Justícia de la Unió Europea. Sentència de 7 de novembre de 2013. Assumptes acumulats C-199/12 a C-201/12.
- Tribunal de Justícia de la Unió Europea. Sentència de 18 de desembre de 2014. Assumpte C-562/13;