



1er Premi de Recerca en Drets Humans

Els drets humans com a motor de l'evolució del règim internacional de protecció dels refugiats

Sílvia Morgades Gil



Generalitat de Catalunya
Departament d'Interior,
Relacions Institucionals i Participació
**Oficina de Promoció de la Pau
i dels Drets Humans**

1er Premi de Recerca en Drets Humans

**Els drets humans com a
motor de l'evolució del règim
internacional de protecció
dels refugiats**

Sílvia Morgades i Gil

Morgades Gil, Sílvia

Els Drets humans com a motor de l'evolució del règim internacional de protecció dels refugiats. _ (Col·lecció Premi de Recerca en Drets Humans ; 1)
Text en català, resum en castellà i anglès. _ Bibliografia. _ 1er Premi de Recerca en Drets Humans
ISBN 978-84-393-7721-4

I. Catalunya. Oficina de Promoció de la Pau i dels Drets Humans II. Títol III.
Col·lecció: Col·lecció Premi de Recerca en Drets Humans ; 1
1. Refugiats _ Protecció _ Cooperació internacional 2. Refugiats _
Situació legal, lleis, etc. 3. Drets humans
325.11:341.231.14

Barcelona, abril de 2008

© Sílvia Morgades Gil

© de l'edició: Generalitat de Catalunya

Departament d'Interior, Relacions Institucionals i Participació

Oficina de Promoció de la Pau i dels Drets Humans

Av. Diagonal, 409, 2a

08008 Barcelona

Tel. 93 552 60 00

Fax 93 552 60 20

oficinapaudhh@gencat.cat

<http://www.gencat.cat/direp>

Tiratge: 1.000 exemplars

Dipòsit legal:

ISBN: 978-84-393-7721-4

La col·lecció "Premi de Recerca en Drets Humans" recull els treballs guardonats.

Aquest treball, primer títol de la col·lecció, ha estat guardonat amb el 1r Premi de Recerca en Drets Humans, convocat mitjançant l'Ordre IRP/205/2007, de 12 de juny, DOGC núm. 4908, de 20.6.2007, i atorgat mitjançant la Resolució IRP/4082/2007, de 13 de desembre, de concessió del 1r Premi de Recerca en Drets Humans (DOGC núm. 5066, de 8 de febrer de 2008).

ÍNDEX

PRESENTACIÓ	5
Xavier Badia i Cardús	
ELS DRETS HUMANS COM A MOTOR DE L'EVOLUCIÓ DEL RÈGIM INTERNACIONAL DE PROTECCIÓ DELS REFUGIATS	9
Sílvia Morgades i Gil	
INTRODUCCIÓ	11
I. ELS DRETS HUMANS COM A PARÀMETRE D'UNA INTERPRETACIÓ EVOLUTIVA DE LA NOCIÓ DE PERSECUCIÓ EN LA DEFINICIÓ DE REFUGIAT	15
1. La definició de <i>grup social</i>	17
a. El cas <i>Ward</i> resolt per la Cort Suprema del Canadà com a punt de referència en la definició de <i>grup social</i> .	18
b. L'element del gènere com a determinant d'un <i>grup social</i> , susceptible de ser sotmès a persecució. Els casos <i>Islam</i> i <i>Shah</i> resolts per la House of Lords britànica.	21
2. L'aplicabilitat del refugi en contextos de conflicte armat: de l' <i>impacte diferencial</i> a l'anàlisi <i>no comparativa</i>	24
a. El test de l' <i>impacte diferencial</i> per aplicar l'estatut de refugiat en contextos de conflicte armat	25
b. Envers una anàlisi <i>no comparativa</i> de la persecució o del risc de patir-ne	27

II. LA INCIDÈNCIA DELS DRETS HUMANS EN L'EVOLUCIÓ DEL CONCEPTE DE REFUGIAT PEL QUE FA A LA INTERPRETACIÓ DE LA MANCA DE <i>PROTECCIÓ</i> DE L'ESTAT D'ORIGEN	35
1. L'agent de la persecució	37
2. Perspectiva de la responsabilitat <i>versus</i> perspectiva de la protecció	39
a. La perspectiva de la responsabilitat	39
b. La perspectiva de la protecció	42
3. Absència de protecció externa <i>versus</i> absència de protecció interna	46
CONCLUSIONS	53
BIBLIOGRAFIA	55
RESUMEN	61
ABSTRACT	65

PRESENTACIÓ

L'any 2007 l'Oficina de Promoció de la Pau i dels Drets Humans va convocar per primera vegada el Premi de Recerca en Drets Humans per a treballs de recerca originals i inèdits, centrats en qualsevol aspecte relatiu a la protecció dels drets humans i les llibertats fonamentals. En aquesta primera edició s'han rebut més de vint projectes de recerca que tracten diferents vessants dels drets, des dels inclosos en la Declaració Universal dels Drets Humans fins als considerats com a drets emergents, i tots de qualitat. Des d'aquí, i en primer terme, expresso el meu agraïment per l'interès que la convocatòria ha suscitat i desitjo que la de l'any 2008 tingui el mateix grau d'èxit.

Aquesta publicació recull el treball de la guanyadora d'aquesta edició del Premi, la professora Silvia Morgades, que amb el títol ***Els drets humans com a motor de l'evolució del règim internacional de protecció dels refugiats***, analitza la idea que la protecció internacional dels drets humans ha tingut una incidència positiva en la interpretació de la noció de persona refugiada establerta en la Convenció de Ginebra, el 1951.

El jurat del I Premi de Recerca en Drets Humans va considerar que es tractava d'un treball de recerca excel·lent amb un ús adequat i equilibrat de les fonts doctrinals i de la jurisprudència comparada. Voldria agrair especialment la tasca duta a terme pel jurat, format per les persones de reconegut prestigi següents: Victòria Camps (catedràtica d'Ètica de la UAB), Marc Carrillo (catedràtic de Dret Constitucional de la UPF), M. Rosario Huesa (catedràtica de Dret Internacional Públic de la Universitat de les Illes Balears) i Jaume Saura (professor titular de Dret Internacional Públic de la UB).

La defensa i promoció dels drets humans a Catalunya ha estat i és objecte del treball i de l'activitat de moltes

persones, entitats i institucions. Totes comparteixen, compartim, la idea que, per assolir una substancial millora en la perspectiva de la justícia, la democràcia, la llibertat i el desenvolupament de tots els pobles de la terra, cal que les institucions públiques, els estats, i el conjunt de la ciutadania assumeixin i adquireixin compromisos tangibles, entre altres qüestions, en la defensa dels drets humans. I la millor manera de fer-ho és promoure una recerca de qualitat que tingui difusió i permeti generar debat i consens.

També és cert que l'acció necessita reflexió i la investigació ha de permetre la posterior actuació de les persones i dels actors, de la societat civil (campanyes, denúncies, propostes, accions concretes de solidaritat, etc.), i de les institucions (desenvolupament de polítiques públiques de defensa dels drets humans).

Aquesta és la raó última de la convocatòria del Premi de Recerca en Drets Humans. Amb aquesta publicació iniciem una col·lecció en què anirem publicant les obres premiades, com una contribució més al desenvolupament teòric de la investigació sobre els drets humans avui.

Xavier Badia i Cardús

Director de l'Oficina de Promoció de la Pau i dels Drets Humans

**ELS DRETS HUMANS
COM A MOTOR DE
L'EVOLUCIÓ DEL RÈGIM
INTERNACIONAL DE
PROTECCIÓ DELS
REFUGIATS**

INTRODUCCIÓ

1 La Declaració Universal de Drets Humans de 1948 estableix en l'article 14.1 que "En cas de persecució tothom té dret a cercar asil, i a gaudir-ne en qualsevol país", *Declaració Universal dels Drets Humans*, 4a ed., Barcelona: Publicacions del Parlament de Catalunya, 1998, pàg. 14.

2 La *Carta dels drets fonamentals de la Unió Europea*, proclamada a Niça el 7 de desembre de 2000, estableix a l'article 18 que "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 Tractat constituïu de la Comunitat Europea". *Carta dels drets fonamentals de la Unió Europea* (2000/C 364/01), DOCE de 18 de desembre de 2000, núm. C 364/1-22.

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

4 Per a aquest dret, com per a tots els drets humans, resulta difícil considerar la noció d'obligació correlativa, vàlida per emmarcar els drets subjectius. Partint d'una crítica de les teories que redueixen els drets a pretensions vàlides (*valid claims*), s'ha parlat de la *irreductible dualitat dels drets humans*: els drets humans serien un híbrid entre un element moral i un de jurídic, i només amb un reconeixement jurídic que proporcionés la base del seu exercici es podria transcendir l'àmbit de l'obligació moral; Martin, Rex, *A system of rights*, Oxford: Clarendon Press, 1993, pàg. 51-97.

1. La protecció internacional dels drets humans i el règim de protecció dels refugiats instaurat per la Convenció de Ginebra de 1951 i el Protocol de Nova York de 1967, s'han anat desenvolupant de forma paral·lela durant la segona meitat del segle XX fins avui. Conceptualment, la protecció dels refugiats no és aliena a la protecció dels drets humans, ja que, precisament, del que tracta és de garantir que les persones que es troben fora del seu país d'origen i que no poden tornar-hi o no volen fer-ho pel temor de ser-hi perseguides puguin gaudir de determinats drets humans bàsics. Malgrat això, cap instrument internacional general de protecció dels drets humans estableix el dret de ser reconegut com a refugiat o el dret d'obtenir asil territorial en un estat estranger com un dret humà, invocable davant d'institucions internes dels estats o internacionals.

Únicament dos textos generals formalment no obligatoris relatius a drets humans, la *Declaració Universal dels Drets Humans* de 1948¹ i la *Carta dels drets fonamentals de la Unió Europea* del 2000, fan referència a l'asil o al refugi, sense configurar un dret d'obtenir una protecció o una altra.² A la Declaració Universal s'estableix que en cas de persecució "tothom té dret a cercar asil, i a gaudir-ne en qualsevol país", cosa que no significa un dret de la persona a obtenir asil, sinó només un dret a demanar-lo i que la seva petició sigui considerada.³ Per aquest motiu, com que no hi ha un dret de rebre asil, ni una obligació internacional per als estats de proporcionar-lo, cal considerar que en dret internacional general només s'ha configurat un *half a right* (*or less*), és a dir, un dret a esdevenir refugiat eventualment beneficiari d'asil.⁴

2. En aquest treball s'analitza i es desenvolupa la idea que la protecció internacional dels drets humans ha tingut una incidència positiva en l'evolució de la protecció

dels refugiats, especialment en la interpretació de la noció de refugiat establerta en la Convenció de Ginebra de 1951.

L'article 1 de la Convenció de Ginebra defineix un refugiat com tota persona que:

“[...] per temors fonamentats de ser perseguida per motius de raça, religió, nacionalitat, pertinença a determinat grup social o opinions polítiques es trobi fora del país de la seva nacionalitat i no pugui o, a causa d'aquests temors, no vulgui acollir-se a la protecció d'aquest país; o que, mancada de nacionalitat i trobant-se fora del país on abans tingués la residència habitual, no pugui o, a causa dels esmentats temors, no vulgui retornar-hi.”⁵

Els dos eixos de la noció de refugiat, per tant, són: la noció de *persecució*, tenint en compte que només pot ser considerada com a tal la que està provocada per un dels cinc motius enumerats en la definició; i la noció de *protecció* o, més ben dit, d'absència de protecció.

5 Instrumento de adhesión de España a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y al Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967, BOE de 21 d'octubre de 1978, núm. 252, pàg. 24310-24328.

**I. ELS DRETS HUMANS COM
A PARÀMETRE D'UNA
INTERPRETACIÓ EVOLUTIVA
DE LA NOCIÓ DE *PERSECUCIÓ*
EN LA DEFINICIÓ DE *REFUGIAT***

3. La noció de persecució no es va definir en la Convenció de 1951 ni tampoc posteriorment en connexió amb la qüestió dels refugiats. Fent una interpretació sistemàtica de l'article 33 de la mateixa Convenció,⁶ s'obté que constitueixen persecució *actes que posarien en perill la vida o la llibertat de la persona* per la raça, la religió, la nacionalitat, les opinions polítiques o la pertinença a un determinat grup social; però, més enllà d'això, no s'estableix si altres actes o amenaces podrien ser considerats també persecució.⁷ El terme *persecució* s'ha definit en altres contextos, com en el cas de la determinació de la competència de la Cort Penal Internacional en el seu Estatut de juliol de 1998,⁸ però, en aquest cas, no es tracta de definir el concepte de refugiat sinó un determinat tipus de conductes que constitueixen *crims de lesa humanitat* comesos per persones (tot i que les víctimes d'aquests actes poden ser refugiats).⁹

6 Segons l'article 33 de la Convenció de Ginebra, "1. Cap Estat contractant podrà, per expulsió o devolució, posar de cap manera un refugiat a les fronteres de territoris on la seva vida o la seva llibertat estigui en perill per causa de la seva raça, religió, nacionalitat, pertinença a un determinat grup social o de les seves opinions polítiques. 2. Això no obstant, no podrà invocar els beneficis de la present disposició el refugiat que sigui considerat, per raons fonamentades, un perill per la seguretat del país on es troba o que, havent estat objecte d'una condemna definitiva per un delicte particularment greu, constitueixi una amenaça per a la comunitat d'aquest país".

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

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

9 Türk, Volker; Nicholson, Frances, "Refugee protection in international law: an overall perspective", Türk, Volker; Nicholson, Frances (ed.), *Refugee Protection in International Law. UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge: Cambridge University Press, 2003, pàg. 38.

En general, els jutges i els tribunals dels estats han reduït l'anàlisi de la noció de refugiat a l'examen de dues qüestions: l'existència d'un perill greu i la manca de protecció per part de l'Estat d'origen.¹⁰ Alguns han interpretat que un *perill greu* causat per un dels motius enunciats en l'article 1 de la Convenció requeria una magnitud considerable o una sistematicitat en la violació o l'amenaça de violació d'un dret, i un element de discriminació proporcionat pel motiu de l'acció persecutòria. L'ACNUR considera que l'absència de definició en la Convenció indica una intenció deliberada perquè les formes futures i imprevisibles de persecució, que en cada moment històric s'entengui que ho són, quedin cobertes per la definició de refugiat. També considera que "la persecució comprèn abusos de drets humans o altres danys greus sovint, però no sempre amb un element sistemàtic o repetitiu. Mentre que és generalment acceptat que la *mera* discriminació no pot, en condi-

cions normals, arribar a ser persecució per si mateixa (malgrat que formes especialment atroces en seran considerades, indubtablement), una pauta persistent de discriminació conscient, juntament amb altres motius, arribaran a ser persecució i justificaran la protecció internacional”.¹¹

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

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

1. La definició de *grup social*

4. En la *Guia de procediments i criteris a aplicar per determinar l’estatut de refugiat*, l’ACNUR considera que normalment s’entén per *un cert grup social*:

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

i reconeix que:

“El temor de ser perseguit pel fet d’aquesta pertinença es confondrà sovint en part amb un temor de ser perseguit per altres motius, com la raça, la religió o la nacionalitat.”¹²

¹⁰ Per exemple, House of Lords (Regne Unit), Sentència de 25 de març de 1999, afers *Islam (A.P.) (Appellant) versus Secretary of State for the Home Department; Regina versus Immigration Appeal Tribunal and another (respondents) ex parte Shah (A.P.) (Conjoined Appeals)*, ILM, vol. XXXVIII, juliol 1999, pàg. 844.

¹¹ ACNUR, *The International Protection of Refugees: Interpreting article 1 of the 1951 Convention relating to the status of refugees*, RSQ, vol. 20, núm. 3, 2001, pàg. 82.

¹² ACNUR, *Guide des procédures...*, loc. cit., § 77, pàg. 20.

La qüestió serà, doncs, establir fins a quin punt es pot considerar que existeixen *grups socials* al marge d'aquestes característiques, i quins criteris poden utilitzar-se per considerar-ne l'existència.

La jurisprudència dels estats, davant de la necessitat de precisar la noció de *grup social*, i de donar-li un sentit autònom, ha utilitzat els estàndards internacionals vigents de la protecció dels drets humans. Per l'anàlisi i la interpretació que finalment ofereixen, han destacat especialment dues sentències: la primera és la sentència dictada per la Cort Suprema del Canadà en el cas *Ward*, el 30 de juny de 1993;¹³ i, la segona, la sentència dictada per la House of Lords britànica en els casos *Islam versus Secretary of State for the Home Department* i *Regina versus Immigration Appeal Tribunal Ex parte Shah* (d'ara en endavant *Islam* i *Shah*), el 25 de març de 1999.¹⁴

a. El cas *Ward* resol't per la Cort Suprema del Canadà com a punt de referència en la definició de *grup social*.

5. La interpretació del concepte de *grup social* a l'efecte de considerar una persona com a refugiada en el sentit de la Convenció de Ginebra de 1951, va tenir un punt d'inflexió important en la sentència de la Cort Suprema del Canadà del 1993. Fins aleshores, la qüestió havia estat plantejada doctrinalment, i es defensaven interpretacions molt diferents. En un extrem es defensava una interpretació extremadament liberal de l'expressió *grup social*, que equivalia a considerar-la gairebé un calaix de sastre per a les persones perseguides per motius diferents de la raça, religió, nacionalitat o opinions polítiques, però que tenien alguna cosa en comú, qual-sevulla que fos, que permetés dir que formaven part d'un *grup social*; i, en l'altre extrem, es defensava una noció molt restringida que fins i tot depenia de consi-

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

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

deracions morals respecte del tret comú a les persones membres del *grup*.

La sentència canadenca en el cas *Ward* va recollir algunes idees expressades per Guy Goodwin-Gill¹⁵ i James Hathaway¹⁶ sobre la necessitat d'inspirar-se en la noció de *discriminació* per establir el sentit de l'expressió "grup social" de l'article 1 de la Convenció. En aquest sentit, els refugiats són persones que per alguna raó són diferents, o són considerades diferents de l'agent que exerceix persecució, i que necessiten per aquesta raó una protecció *especial*. La qüestió, arribat a aquest punt, és com determinar quan una persona pertany a un grup social i, quan, tot i ser una persona perseguida, no hi pertany, ja que no pot ser que "qualsevol associació que tingui alguns punts en comú hi estigui inclosa. Si aquest fos el cas, hauria estat inútil d'enumerar els motius; la definició del mot refugiat s'hauria pogut limitar només a les persones que temen raonablement ser perseguides".¹⁷

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

"Aplicant la teoria de l'*eiusdem generis*, interpretem l'expressió 'perseguit per la seva pertinença a un grup social' com que designa la persecució de la qual és víctima l'individu que és membre d'un grup de persones que tenen totes una característica comuna immutable. La característica compartida podria ser innata, com el sexe, el color o els lligams de parentiu, o, en certs casos, podria tractar-se d'una experiència comuna anterior, com el fet d'haver estat cap militar o terratinent. El tipus concret de característica de grup admissible segons aquesta interpretació s'ha de determinar en cada cas. De tota manera, sigui quina sigui la característica comuna que defineix el grup, cal que sigui una carac-

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

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

17 Sentència *Ward*, *loc. cit.*, pàg 19.

terística que els membres del grup no poden canviar o no se'ls hauria de poder exigir que canviessin, perquè és essencial a la seva identitat o a la seva consciència individual.¹⁸ Únicament en aquest cas el simple fet de pertànyer al grup esdevé quelcom de comparable als quatre motius de persecució previstos per la llei, és a dir una cosa que la persona en qüestió no està en disposició de canviar o que és tan essencial per a la seva identitat o la seva consciència que no hauria de canviar-la. Interpretant així l'expressió 'perseguida per la seva pertinença a un grup social', preservem la noció segons la qual el refugi està reservat a les persones que no poden, amb les seves pròpies accions, evitar la persecució, o que, en consciència, no haurien de ser obligades a fer-ho."¹⁹

Arribats a aquest punt, la pregunta clau és on és el límit de la interpretació segons la qual existeix un *grup social*? I aquesta es resol immediatament després:

“Aquesta definició exclou els ‘grups definits per una característica canviable o de la qual és possible dissociar-se, en la mesura que cap d’aquestes opcions no exigeixi la renúncia als drets fonamentals de la persona’.”²⁰

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

“El sentit donat a l'expressió *grup social* [...] ha de tenir en compte els temes subjacents generals de la defensa des drets de la persona i de la lluita contra la discriminació que justifiquen la iniciativa internacional de protecció dels refugiats. [...]. S'identifiquen tres categories possibles:

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

19 Sentència *Ward*, *loc. cit.*, pàg. 21.

20 *Ibidem*.

1. Els grups definits per una característica innata o imutable;
2. Els grups els membres dels quals s'associen voluntàriament per raons tan essencials a la seva dignitat humana que no haurien de ser obligats a renunciar a aquesta associació; i
3. Els grups associats per un estatut antic voluntari imutable a causa de la seva permanència històrica.

La primera categoria comprendria les persones que temen ser perseguides per motius com el sexe, els antecedents lingüístics i l'orientació sexual, mentre que la segona comprendria, per exemple, els defensors dels drets de la persona. La tercera categoria s'inclou a causa més d'intencions històriques, tot i que també està relacionada amb les influències antidiscriminatòries, en el sentit que el passat d'una persona constitueix una part immutable de la seva vida."²¹

La sentència *Ward* proporciona, com ha assenyalat la doctrina, un marc d'anàlisi de les situacions de fet coherent i basat en els principis en els quals es fonamenta la Convenció.

La perspectiva dels drets humans no és exclusiva de la interpretació de la noció de *grup social*, sinó que també és útil en altres aspectes de la definició de refugiat. En la determinació d'aquesta noció, els drets humans permeten un cert dinamisme en la interpretació, ja que per establir l'existència d'un grup social es tracta de veure si el dret que es vol exercir és un dret humà fonamental.²²

b. L'element del gènere com a determinant d'un *grup social*, susceptible de ser sotmès a persecució. Els casos *Islam* i *Shah* resolts per la House of Lords britànica.

²¹ *Ibidem*, pàg. 22.

²² Daley, Krista; Kelley, Ninette, "Particular Social Group: A Human Rights Based Approach in Canadian Jurisprudence", IJRL, vol. 12, núm. 2, 2000, pàg. 165 i 174.

6. A la sentència de la House of Lords en els casos *Islam* i *Shah*, l'element de la discriminació lligat a l'exercici dels drets fonamentals va esdevenir encara molt més clar en la comprensió de la noció de *grup social* de la definició de *refugiat* de la Convenció de Ginebra. El vincle entre drets humans, discriminació i definició de *refugiat* es va consolidar i va revelar en aquesta qüestió el que ha estat anomenat la *primacia del paradigma dels drets humans*.²³ Un dels primers elements interessants és el fet que a la sentència es reconeix que la noció de *grup social* és obertament i a bastament *contextual*.²⁴ El lord Hope of Craighead va considerar que calia fer una aproximació a la Convenció que tingués en compte l'evolució experimentada per les societats i les circumstàncies discriminatòries. En els casos examinats es tractava de determinar si dues dones pakistaneses maltractades pels seus marits i sotmeses a falses acusacions d'adulteri podien ser considerades membres d'un grup social, i ser reconegudes com a refugiades en el sentit de la Convenció de Ginebra. Tenint en compte la naturalesa i l'abast de la discriminació que pateixen les dones al Pakistan, es va considerar que les dones són discriminades *en la societat on viuen*. La raó per la qual les dones dels casos *Islam* i *Shah* temien patir persecució, es va dir, "no és únicament perquè són dones, és perquè són dones en una societat que discrimina les dones".²⁵

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

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

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

En casos d'aquest tipus, les persones que demanen protecció pertanyen a un grup amb una característica immutable (el sexe), i no és al seu abast canviar-ho o és tan fonamental per a la identitat o la consciència que no es pot exigir que es canviï, i hi ha una discriminació basada en aquesta característica, el sexe. L'absència de protecció estatal acabarà de configurar la noció de *refugiat*, però no es pot tenir en consideració per decidir si s'està davant d'un *grup social*, ja que, llavors,

l'argumentació esdevindria circular. De la mateixa manera, cal que es pugui definir el grup social independentment de la persecució, i que el motiu de la persecució sigui un dels elements característics o definidors del grup. No és suficient que una persona estableixi que pertany a un grup social, cal, a més, que estableixi *que podria patir persecució perquè és membre del grup*.²⁶

A la sentència, dos dels lords analitzen el paper de l'element de la discriminació i si, a més, és necessari un element addicional, com la coherència del *grup*. Per a lord Hoffman, “el concepte de discriminació en qüestions que afecten drets i llibertats fonamentals és central per comprendre la Convenció. No tracta de tots els casos de persecució, fins i tot si abasta la negació de drets humans, sinó de persecució basada en discriminació. I en el context dels instruments de drets humans, *discriminació* significa fer distincions que els principis dels drets humans fonamentals consideren inconsistents amb el dret de qualsevol ésser humà a la igualtat de tractament i al respecte”. Això comporta que l'expressió *grup social particular* no impliqui cap element addicional de “coherència, cooperació o interdependència”.²⁷ La coherència, per lord Steyn, pot provar l'existència d'un grup social particular, però aquesta no és inherent a la noció de grup.²⁸

A Espanya, la penetració dels drets humans respecte de la interpretació de la noció de grup social quan estan implicades qüestions de gènere no s'ha traduït clarament en l'ampliació del concepte de *refugiat*, sinó que es trasllada a un altre tipus de protecció, com la concessió de permisos de residència per raons humanitàries.²⁹

²⁶ *Ibidem*, pàg. 851.

²⁷ *Ibidem*, pàg. 842.

²⁸ *Ibidem*, pàg. 836. La doctrina ha considerat que aquest raonament és clau per afavorir el reconeixement com a grups socials, a l'efecte de la Convenció, no només de les dones en determinades societats, sinó també per exemple, dels homosexuals. Vidal, Maveyn, “Membership of a Particular Social Group and the Effect of Islam and Shah”, IJRL, vol. 11, núm. 3, 1999, pàg. 528-536.

²⁹ Per exemple, en alguns casos de dones sotmeses a ablació de clítoris pel risc d'exclusió social en cas de retorn al lloc d'origen; Prats, Jaime, “Los jueces otorgan derecho de residencia a una nigeriana que sufrió ablación de clítoris”, *El País.es* = www.elpais.es, 12 d'abril de 2006.

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

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

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

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

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

7. Si bé és innegable que la definició de *refugiat* de l'article 1 de la Convenció de Ginebra es refereix a persones individualment considerades,³⁰ a diferència dels anteriors instruments internacionals que identificaven *grups* de refugiats, això no significa que l'estatut previst s'apliqui només quan la persecució és *individualitzada*, ni que sigui inaplicable en situacions de *grup*.³¹ La protecció que es preveu és individual per a persones definides de manera abstracta que temen patir persecució per determinats motius.

La limitació de les causes de la persecució temuda o patida que fa d'una persona un refugiat pot suposar un cert grau d'individualització, però sempre en funció dels motius de la persecució. Un context de guerra civil no comporta una limitació jurídica de l'aplicació de la Convenció de Ginebra si la persona o el grup han sortit del territori on es produeix el conflicte.³² En tot cas, la protecció individual de la Convenció tindrà limitacions pràctiques davant de fluxos massius de persones, que poden fer que se superin temporalment les capacitats d'una acollida individualitzada.

Tot i que durant força temps moltes jurisdiccions estatals optaven per no examinar les motivacions individuals d'una sol·licitud de refugi quan es presentava en contextos de conflicte armat o violència general, actualment s'accepta de forma majoritària que les guerres civils no exclouen l'aplicació de la Convenció de Ginebra.³³

Una situació de guerra civil, però, "no constitueix per ella mateixa, persecució", en el sentit de la Convenció

de Ginebra;³⁴ cal que el risc que corre la persona estigui caracteritzat per un dels motius enumerats en el test de l'article 1, i que la persona no tingui disponible la protecció del seu Estat per tal de considerar-la refugiada.

Les jurisdiccions estatals han fet interpretacions diverses de la forma com una persona entra dins de la definició de refugiat en contextos de violència d'un cert abast. Als Estats Units d'Amèrica, per exemple, l'anàlisi comparativa es duia a les últimes conseqüències en el cas *In re Acosta* de 1985, on es deia que el “well-founded fear standard” requerit per concedir tant asil com protecció subsidiària (*withholding of deportation*) era que la persona interessada provés que era *més probable que no que fos perseguit*.³⁵

a. El test de l'*impacte diferencial* per aplicar l'estatut de refugiat en contextos de conflicte armat

8. La House of Lords britànica, per exemple, va emprar a la Sentència *Adan* de 2 d'abril de 1998 el test de l'*impacte diferencial*, concretant de forma restrictiva la idea de lord Slynn of Hadley sobre que cal “mostrar un temor fonamentat de ser perseguit a més del risc per a la vida i la llibertat inherent en la guerra civil”.³⁶ La qüestió que es planteja és, bàsicament, quin paper ha de tenir l'element de la discriminació en la determinació d'una persona com a refugiada, tenint en compte que, en un context de conflicte armat, tothom pot estar en perill.

És admès generalment que la definició de *refugiat* de la Convenció de Ginebra no abasta tots els casos de persecució en els quals es pugui parlar de l'existència d'algun tipus de discriminació. La definició estableix cinc motius per considerar que la persecució és raó per al refugi i, per tant, ni que només sigui per la motivació

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

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

36 House of Lords (Regne Unit), Sentència de 2 d'abril de 1998, afer *Regina versus Secretary of State for the Home Department (Appellant) Ex parte Adan (Respondent)*, pàg. 2/9.

de la persecució, els refugiats han de témer patir una persecució específica en relació amb el conjunt de formes de *persecució* possibles. La resposta a la qüestió de la *diferenciació* requerida no ha estat sempre ni fàcil, ni evident, però.

En el cas de la Sentència *Adan* de la House of Lords, el plantejament de la qüestió suposava que ja només era possible un determinat tipus de resposta, que implicava un examen de tipus *comparatiu* (i no només una persecució diferenciada per raó de raça, religió, nacionalitat, opinions polítiques o pertinença a un grup social):

“Pot un estat de guerra civil amb incidents que consisteixen en matances i tortures generalitzades per raó de pertinença a clans i subclans comportar un temor fonamentat de persecució a l'efecte de la Convenció de 1951 i del Protocol de 1967, malgrat que l'individu demandant no està en un risc major de patir aquests tractes que altres persones que estan en risc en la guerra civil per causa de la seva pertinença a un clan o subclan?”³⁷

Una cosa és que la persona hagi d'estar diferenciadament en risc per característiques inherents o immutables seves que són en l'origen de la persecució, i una altra que la persona hagi d'estar diferenciadament en risc perquè pateix una *intensitat especial* en la persecució, que va més enllà del fet d'estar basada en un dels motius enunciats en la Convenció. A la Sentència *Adan*, lord Lloyd of Berwick, seguit en essència per la resta de membres del tribunal, es va decantar per la segona opció:

“Concloc [...] des de la meva comprensió del que els constructors de la Convenció tenien en ment, que, quan existeix un estat de guerra civil, no és suficient per a un demandant d'asil mostrar que estaria en risc si fos re-

tornat al seu país. Cal que pugui mostrar [...] un impacte diferencial. En altres paraules, cal que pugui mostrar temor de persecució per una de les raons de la Convenció més enllà dels riscos normals d'una guerra de clans. [...] La dificultat d'establir els fets no afebleix el principi segons el qual els qui estiguin implicats en una guerra civil no estan, per això, qualificats per ser protegits per la Convenció mentre la guerra civil continua, fins i tot si les lluites de la guerra civil són per motius religiosos o racials (!).”³⁸

I va concloure que “no hi ha motius per diferenciar entre el Sr. Adan i els membres del seu o d'altres clans”.³⁹ En definitiva, que la seva situació no és pitjor que la dels altres.

Aquesta interpretació de la noció de persecució i del paper de l'element de la discriminació en la definició de refugiat deixa fora de la possibilitat d'obtenir refugi a persones que fugen del temor de ser perseguides en un context de guerra civil, quan formen part d'un grup més o menys nombrós de persones que també pateixen la mateixa situació; i, també, deixa de banda les situacions en què la guerra es fa precisament per qüestió de persecució racial, religiosa, etc., és a dir, quan la guerra és el mitjà per a la persecució. Alguns autors han defensat una interpretació àmplia de la noció de refugiat, que abastaria pràcticament tots els desplaçats internacionals per motius diferents de la sola raó econòmica.⁴⁰ Sense anar tan enllà, la doctrina jurisprudencial que se segueix en alguns estats permet establir que una persona pot ser considerada refugiada en el sentit de la Convenció de Ginebra en un context de conflicte armat, o en el marc d'un èxode col·lectiu, si compleix determinades condicions, sense que calgui fer una anàlisi comparativa de la seva situació.

b. Envers una anàlisi *no comparativa* de la persecució o del risc de patir-ne

³⁸ *Ibidem*, pàg. 8/9.

³⁹ *Ibidem*, pàg. 9/9.

⁴⁰ Martin, David A., “Refugees and Migration”, a Schachter, Oscar i Joyner, Christopher C., *United Nations Legal Order*, vol. 1, cap. 8, Cambridge: Cambridge University Press, 1995, pàg. 422-423; Fernández Sánchez, Pablo Antonio, “Hacia un concepto jurídico amplio de refugiado”, a Fernández Sánchez, Pablo Antonio (coord.), *Refugiados: derecho y solidaridad*, Sevilla: Ed. Universidad de Sevilla, 1994, pàg. 20.

9. Des d'una perspectiva més liberal, han acarat la qüestió, per exemple, la Sentència *Ibrahim* a Austràlia, la decisió *Mandelblat* a Bèlgica, o la Sentència de 3 d'abril de 2002 del Tribunal Suprem espanyol. En el cas *Adan* estudiat anteriorment i en el cas *Ibrahim*, es tractaven situacions semblants de persones que havien fugit de Somàlia, en situació de guerra interètnica i de *failed state* pel que fa a les possibilitats que l'Estat els oferís protecció. En el cas *Ibrahim*, la High Court d'Austràlia va refusar expressament la perspectiva adoptada a *Adan*⁴¹ i entomada pels tribunals australians que havien vist el cas anteriorment, i, tot acceptant que la Convenció té límits quant als casos de persecució examinats, va considerar que el raonament fet a *Adan* comportava el risc d'esborrar la distinció entre els actes de persecució que el demandant ha de demostrar i les circumstàncies que duen a aquests actes.⁴² Segons la sentència dictada en aquest cas, el procediment seguit a *Adan*:

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

41 Olbourne, Ben, “Refugees and Internal armed conflicts”, *The Cambridge Law Journal*, vol. 60, part 3, novembre 2001, pàg. 446.

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

Les nocions de *guerra civil*, *operació diferencial* i *objec-te o motivació* d'aquesta *guerra civil* són distraccions de l'aplicació del text de la definició de la Convenció.⁴³

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

“Si les experiències pròpies del [demandant] estaven causades per persecució per les raons de la Convenció, i a la llum d'aquestes consideracions [s'estableixi] si en el moment de l'examen de la demanda el [demandant] tenia una oportunitat real de ser perseguit per causa de la seva pertinença al clan Rahanwein si havia de retornar a Somàlia.”⁴⁴

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

Segons l'ACNUR, compartint el parer d'autors com Atle Grahl-Madsen, una interpretació correcta de l'article 1 de la Convenció no ha de tenir en compte si el grup de persones perseguides pel mateix motiu és més o menys gran o petit.⁴⁵ En determinades situacions, pobles sencers poden patir persecució per una de les raons establertes a la definició de *refugiat* i tots els seus membres poden quedar-ne afectats de manera idèntica. Això, lluny de fer minvar les possibilitats d'èxit de la demanda de protecció hauria de facilitar-la, ja que “el procés sociològic de marginalització que engendra l'estigmatització és un arquetipus poderós de la persecució”.⁴⁶

43 *Ibidem*, §146-147.

44 *Ibidem*, §148.

45 Segons aquest autor, el fet que la persecució d'algú forma part d'una política general no alleugereix la situació de la persona que és perseguida; per això, “[o]nce a person is subjected to a measure of such gravity that we consider it 'persecution' that person is 'persecuted' in the sense of the Convention, irrespective of how many others are subjected to the same or similar measures”. Grahl-Madsen, Atle, *The Status of Refugees in International Law*, vol. 1, “Refugee character”, Leyden: A.W. Sijthoff, 1966, §87, pàg. 213.

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

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

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

I que:

“existeix, per tant, una forta presumpció que el temor formulat pels membres de la comunitat albanesa de Kosovo de ser perseguits en el seu país, sigui fundat i entri en el camp d'aplicació de la Convenció de Ginebra.”⁴⁷

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

48 *Ibidem*. En casos semblants, també s'ha concedit l'estatus de refugiat, com en el cas *Belamri*, però en aquest cas es deia que la persona podia ser perseguida no només per la seva nacionalitat sinó també per les seves opinions polítiques (en el cas *Mandelblat* la persona havia acreditat pertànyer a la Lliga Democràtica de Kosovo; i, en el cas *Belamri*, que la persona era simpatitzant del moviment autonomista albanès). Commission Permanente de Recours des Réfugiés (Bèlgica), Decisió de 27 d'abril de 1999, afer *A. Belamri*, núm. 97-1586/F807/jfn, RDE, núm. 102, pàg. 63-65.

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

Finalment, en aquest cas es va considerar que tot duia a pensar que la minoria albanesa de Kosovo era víctima d'una *persecució de grup*, que es definia com “una persecució que resulta d'una política deliberada i sistemàtica, susceptible d'afectar de forma indistinta tot membre d'un grup determinat pel sol fet de pertànyer-hi”. Per tot això, es va establir que “el sol fet de pertànyer al grup nacional albanès pot justificar un temor raonable de ser perseguit pel fet de la nacionalitat en el sentit de la Convenció de Ginebra”.⁴⁸

En definitiva, que calgui una certa diferenciació en la persecució no significa que aquesta sigui *individualitzada*. En aquest sentit, el *nexus requirement*⁴⁹ o l'exigència que el demandant estableixi el fonament de

la persecució que tem, no implica una anàlisi comparativa.

11. Aquest raonament és la base en què se sustenta la jurisprudència establerta als Estats Units d'Amèrica, els anys noranta, continuant la línia encetada a *Cardoza-Fonseca*;⁵⁰ i també és present en les directives establertes al Canadà per tractar les demandes de protecció presentades per civils no combatents. En el cas dels Estats Units, Mark von Sternberg descriu com diverses decisions examinen les demandes d'asil fent una aproximació no comparativa i, com, en aquestes, la violació dels estàndards fonamentals de drets humans i de dret humanitari tenen un pes determinant com a proves de l'intent persecutori.⁵¹ També se situen en aquesta línia les directrius que han de guiar la interpretació de la llei sobre immigració en allò que es refereix als "civils no combatents que temen ser perseguits en situacions de guerra civil"⁵² al Canadà.

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

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

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

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

“Els combatents haurien de tractar amb humanitat, sense cap distinció de caràcter desfavorable, les persones que no participen activament en les hostilitats en una guerra civil. Els han de respectar els drets de la persona. Si els combatents tracten aquestes persones de manera contrària a aquests principis, aquest tractament podria, segons les circumstàncies pròpies a la situació de la persona interessada, constituir persecució. Per determinar si es tracta d'un cas de *persecució* cal examinar si les violacions dels drets de la persona són prou importants per constituir persecució. No és cert que no hi hagi persecució perquè el tractament temut pel demandant resulta de l'hostilitat que es percep o de la violència exercida per combatents directament implicats en la guerra civil.”⁵³

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

“Una situació de guerra civil en un país en concret no obstaculitza la reivindicació [de l'estatut de refugiat] sempre que el temor que es té no sigui el que tenen tots els ciutadans indistintament per la guerra civil, sinó el que té el mateix demandant, un grup al qual pertany o, fins i tot, tots els ciutadans a causa d'un risc de persecució fonamentat en un dels motius enunciats a la definició.”⁵⁴

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

53 *Ibidem*, part I.

54 *Ibidem*, part II, segons la Sentència *Saliban c. MEI* de 1990.

“No es tracta de comparar el risc al qual s’exposa el demandant i el risc al qual han de fer front altres persones o altres grups per un dels motius enunciats en la Convenció; es tracta més aviat de determinar si el risc que corre el demandant constitueix un perjudici prou greu i està vinculat amb un dels motius enunciats a la Convenció en relació amb les conseqüències generals de la guerra civil.”⁵⁵

12. El fet que la Convenció de Ginebra estableixi una definició individual de refugiat comporta que el temor de ser perseguit pels motius enumerats sigui individual, però no que la persecució també ho hagi de ser.⁵⁶ El propòsit de la Convenció és acarar els problemes dels refugiats des del punt de vista dels drets humans, i una anàlisi subjectiva de les motivacions de l’agent persecutor tendeix a *descurar la perspectiva de la víctima*.⁵⁷

En aquest sentit, la Sentència del Tribunal Suprem espanyol de 3 d’abril de 2002 estableix correctament que no s’exigeix necessàriament que la persecució sigui “individualitzada”, o “específicament referida a la persona del recurrent i de la seva família”:⁵⁸

“És contrari a la jurisprudència de la nostra Sala, sobre la correcta interpretació de [la] legislació que es requereixi la prova que tal situació es projecti sobre la persona interessada. Això [...] no és jurídicament admissible perquè, duta aquesta afirmació a les seves darreres conseqüències, pot convertir en purament programàtica l’aplicació d’aquella.”⁵⁹

⁵⁵ *Ibidem*, part II.

⁵⁶ Crawford, James, Hyndman, Patricia, “Three Heresies in the Application of the Refugee Convention”, *IJRL*, vol. 1, núm. 2, 1989, pàg. 166.

⁵⁷ Kálin, Walter, “Refugees and Civil Wars: Only a Matter of Interpretation?”, *IJRL*, vol. 3, núm. 3, 1991, pàg. 449.

⁵⁸ Tribunal Suprem (E), sala 3, secc. 6 (E), Sentència de 3 d’abril de 2002, afer *Koffi A.*, núm. 429/1998, §4-E, *Aranzadi Westlaw RJ 2002\3348*. El cas afectava una persona natural de Togo. En aquesta Sentència, el Tribunal Suprem espanyol valora que el demandant aportés fotocòpia de revistes que permetien tenir per veritable la *situació* del seu país d’origen, i fa recaure en l’Administració la càrrega de la prova que s’ha estat diligent en les investigacions degudes: “la Administración del Estado tiene medios sobrados para comprobar la certeza de estos datos, y -en cuestiones tan delicadas como son las de asilo y refugio- no puede, sin más, descalificarse un relato como el que hace el recurrente” (§ 4-B). En altres sentències, no obstant això, el Tribunal Suprem ha desestimat recursos contra la denegació d’asil per manca d’elements objectius que permetessin apreciar una connexió entre la situació política en un país i l’existència d’una persecució contra la persona concreta que demana asil, per exemple, en un cas que afectava una persona originària de Sierra Leona, Tribunal Suprem (E), sala 3, secc. 6 (E), Sentència de 4 d’abril de 2000, afer *Abdul R.B.*, núm. 409/1996, *Aranzadi Westlaw RJ 2000\3261*.

⁵⁹ *Ibidem*.

II. LA INCIDÈNCIA DELS DRETS HUMANS EN L'EVOLUCIÓ DEL CONCEPTE DE REFUGIAT PEL QUE FA A LA INTERPRETACIÓ DE LA MANCA DE *PROTECCIÓ* DE L'ESTAT D'ORIGEN

13. El segon eix de la definició de *refugiat* de la Convenció de Ginebra és la noció de *protecció*. La qüestió que es planteja a aquest respecte en la definició de refugiat de la Convenció de Ginebra de 1951 és que vol dir exactament que el refugiat *no pot* o, a causa del temor de ser perseguit, *no vol* prevaler-se de la protecció del país d'origen, i a quin tipus de protecció es fa referència.

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

“S'entén normalment per persecució una acció feta per les autoritats d'un país. Aquesta acció pot resultar també de fets de grups de la població que no s'ajusten a les normes establertes per les lleis del país. A títol d'exemple es pot citar la intolerància religiosa, que arriba a la persecució, en un país, d'altra banda, laic, però on importants faccions de la població no respecten les conviccions religioses d'altri. Quan actes que tenen un caràcter discriminatori greu o molt ofensiu són comesos pel poble poden ser considerats com persecucions si són científicament tolerades per les autoritats o si aquestes refusen o són incapaces d'oferir una protecció eficaç.”⁶⁰

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

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

1. L'agent de la persecució

14. El fet que la protecció dels refugiats s'inscriu en el context de la protecció dels drets humans ha fet que la noció de *protecció*, o de manca de protecció que els refugiats tenen, hagi estat tributària de la concepció predominant que històricament s'hagi tingut dels drets humans en els estats. La dogmàtica dels drets humans apareix en el decurs de l'evolució de la consolidació de l'Estat com a forma d'organització social, política i jurídica, i la seva transformació envers l'*Estat absolut*. Alguns autors dels corrents contractualistes, com Locke⁶¹ i, posteriorment, la mateixa idea de constitució, plantegen els drets fonamentals com a límits al poder, entès com a *poder de l'Estat*, i postulen amb aquesta finalitat el seu reconeixement en textos jurídics obligatoris.

Aquesta concepció dels drets fonamentals, arrelada en les tradicions jurídiques dels estats, ha estat traslladada a la interpretació dels instruments internacionals per a la protecció dels drets humans, i ha condicionat la forma com aquests han estat aplicats. En el cas de la interpretació de la definició de *refugiat* de la Convenció de Ginebra de 1951, ha comportat que en alguns estats s'entengués que només les persones que fugien d'algun tipus de persecució *estatal* podien ser tingudes per refugiats en el sentit de la Convenció i, així, que només pot parlar-se de *persecució* quan l'agent causant està directament o indirectament vinculat amb el poder de l'Estat. La difuminació progressiva de la separació entre el que és *públic* o relatiu a la política i el que és *privat*, en el cas dels drets humans, ha dut a un reconeixement progressiu de la seva eficàcia horitzontal i a una revisió de la noció de refugiat que transcendeix el pressupòsit implícit però no necessari que la *persecució* havia de ser *persecució estatal* en alguna forma.⁶²

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

62 Com la doctrina ha posat en relleu, els drets fonamentals són també límits a una sèrie de poders privats, grups i individus que afecten o poden afectar en el seu gaudi o realització. Asís Roig, Rafael de, *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Madrid: Debate, 1992, pàg. 114-117.

Alguns estats entenen que una persona només pot ser refugiada quan fuig de patir una persecució conduïda directament per part d'un agent de l'Estat, o bé quan l'Estat és partícip passiu en les accions constitutives de persecució pel fet que, podent-ho fer, no intervé per oferir protecció a l'individu, és a dir, quan existeix una connivència explícita (en alguns casos s'admet una connivència implícita) en aquestes actuacions.

Entre els qui apliquen una noció de *persecució estatal*, les interpretacions més restrictives consideren que la impossibilitat o incapacitat de l'Estat per oferir protecció a una situació de persecució privada no incideix en la consideració de la persona com a *no refugiat*, i d'altres sí que admeten que, en aquests casos, la persona és perseguida i, per tant, *refugiada*.⁶³

En general, els operadors jurídics i la doctrina distingeixen quatre situacions possibles en què la persecució és perpetrada per agents no estatals:⁶⁴

a. Agents privats són responsables directes de la persecució, però l'Estat la instiga, l'exculpa o la tolera. En aquests casos, en general, s'entén que les víctimes són refugiats ja que l'Estat *no vol* protegir-les. L'Estat seria responsable indirecte de la persecució.

b. Els responsables directes de la persecució són agents en principi privats, però en funció del grau de poder que han assolit sobre un determinat país o territori poden ser considerats autoritats *de facto* i, per tant, substitutives de l'Estat. En aquests casos, també s'acostuma a entendre que les víctimes són refugiats, sempre que s'accepti la premissa que hi ha autoritats *de facto*, i les condicions per a aquest reconeixement poden variar entre uns estats i uns altres. L'Estat o *quasiestat* és responsable de la persecució.

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

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

c. Agents privats són responsables directes de la persecució, però l'Estat és incapaç de proporcionar protecció.

d. Agents privats són responsables directes de la persecució en un context de *failed state*.

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

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

2. Perspectiva de la responsabilitat versus perspectiva de la protecció

a. La perspectiva de la responsabilitat

15. La perspectiva de la responsabilitat parteix d'una concepció estatal pura de les relacions internacionals i considera que perquè hi hagi la possibilitat que existeixin refugiats hi ha d'haver un estat *responsable*, és

a dir que cal que un estat exerceixi, perdoni o toleri la persecució. La responsabilitat de l'Estat d'origen és, des d'aquesta perspectiva, un "element constitutiu de la persecució".⁶⁵

Aquesta perspectiva ha estat desenvolupada a Europa especialment pels tribunals alemanys i francesos, tot i que amb diferències entre els d'un estat i els de l'altre. Com Waler Kälin ha exposat per al cas alemany, no hi ha elements ni literals, ni històrics que avalin aquesta posició i, en definitiva, aquesta idea sobre que la *persecució* és *per definició* un abús de poder estatal prové de la tradició jurídica alemanya anterior a la Segona Guerra Mundial, que identificava les nocions de política i poder amb l'Estat.⁶⁶ Per això no és suficient que l'Estat *no pugui* oferir protecció. Si no hi ha Estat, és a dir en situació de *failed state*, o si, havent-n'hi, és incapaç d'oferir protecció, des d'aquesta perspectiva, no pot haver-hi persecució i, per tant, tampoc refugiats.

Els tribunals francesos, que, juntament amb els alemanys, han defensat posicions que parteixen de la perspectiva de la responsabilitat, n'han fet una interpretació diferent, fins i tot més estricta que en el cas alemany. Els tribunals alemanys admeten la possibilitat que existeixi persecució quan aquesta és comesa directament per agents privats i l'Estat la *tolera* o li dóna suport, o quan l'Estat *no vol*, o fins i tot *no pot* protegir la persona, excloent-ne els casos d'absència d'Estat o *failed state*, en què la Convenció no s'aplicaria.⁶⁷ Els tribunals francesos refusen el refugi quan l'Estat *no vol* donar protecció si la persona no pot provar que l'Estat ha refusat expressament la seva demanda de ser protegit (o que seria inútil fer aquesta petició), i també quan l'Estat *no pot* protegir o és ineficaç.⁶⁸ En general, s'entén que en els casos de *failed state*, o d'una situació d'anarquia on no existeix una estructura estatal de

65 *Ibidem*, pàg. 417.

66 Kälin, Walter, "Non-State Agents of Persecution and the inability of the State to Protect", *loc. cit.*, pàg. 421-422.

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

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

fet o dret més o menys operativa, tampoc no s'aplica la Convenció,⁶⁹ tot i que en els casos concrets la decisió final gira també entorn d'una anàlisi comparativa (en casos de violència generalitzada on tothom està sotmès a un risc similar s'exclou que hi hagi refugiats).⁷⁰

16. En el cas de França, de tota manera, hi va haver una evolució favorable al reconeixement de l'aplicabilitat de la Convenció de Ginebra en casos de persecució no estatal. El primer pas en aquest sentit es va donar en la decisió del Consell d'Estat en el cas *Dankha*, on s'admetia que la persecució podia ser exercida per agents no estatals *organitzats o no*, si havien estat "encoratjats o tolerats voluntàriament per l'autoritat pública, de manera que la persona interessada no està efectivament en disposició de reclamar la seva protecció"⁷¹. Més endavant, es va acceptar que la doctrina aplicable a les autoritats públiques també ho era respecte d'autoritats *de fet* en determinades situacions; i, així, els anys noranta, es va reconèixer l'estatut de refugiat, per exemple, a persones que temien ser perseguïdes per autoritats de fet, que provenien de Bòsnia-Hercegovina,⁷² o de l'Afganistan. En canvi, en altres casos, com en el de les persones que provenien d'Algèria, es refusava la qualificació com a refugiat de persones que al·legaven que podien ser sotmeses a actes persecució per part de grups armats perquè, ni suposant que això fos cert, aquests actes no eren "ni encoratjats, ni tolerats voluntàriament per les autoritats públiques algerianes".⁷⁴ En aquests casos s'excloïa el reconeixement de la condició de refugiat fins i tot quan el Govern algerià podia estar *tolerant implícitament* les activitats de grups terroristes, o davant la incapacitat de les autoritats de prevenir aquests actes, cosa que hauria fet inútil demanar protecció a l'Estat algerià.⁷⁵ Amb tot, si la persona podia provar que l'Estat havia refusat donar-li protecció, no calia que aquest refús estigués basat, com la

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

persecució, en un dels motius enumerats en la Convenció de Ginebra.⁷⁶ En altres casos, com en el cas de Somàlia, per exemple, es va considerar que hi havia un *clima generalitzat d'inseguretat* o *d'anarquia*, que havia desaparegut tot poder legal, i que hi havia grups que lluitaven per crear o estendre zones d'influència, sense estar "en disposició d'exercir en aquestes zones un poder organitzat que permetria considerar-los com autoritats de fet";⁷⁷ i que, per aquest motiu, el temor de patir persecució no podia ser assimilat al de la definició de la Convenció de Ginebra.

b. La perspectiva de la protecció

17. La perspectiva de la protecció posa l'accent no tant en la causa de la fugida, la *persecució*, sinó en la impossibilitat per al refugiat d'emparar-se en la protecció de l'Estat d'origen, independentment de qui sigui el responsable de la persecució, agents estatals o privats, i de si l'Estat participa, tolera o condona la persecució, o simplement és incapaç o ineficaç a l'hora de complir el seu deure de protecció. El que compta, des d'aquesta perspectiva, és que la persona ha marxat del lloc d'origen i *no pot* o *no vol*, pel temor de ser perseguit per motius de raça, religió, nacionalitat, opinions polítiques o pertinença a un determinat grup social, prevaler-se de la protecció que normalment les persones obtenen dels estats dels quals són nacionals o on tenen la residència habitual en el cas dels apàtrides. En els casos en què l'Estat no existeix o no pot protegir la persona, s'entén que aquesta no pot prevaler-se de la protecció de l'Estat d'origen, en el sentit de la Convenció.⁷⁸

La perspectiva de la protecció ha estat desenvolupada especialment en jurisdiccions de *common law*, però també s'aplica en estats europeus amb altres sistemes (Bèlgica,⁷⁹ Països Baixos, Dinamarca), i parteix de la

idea també expressada per una part de la doctrina segons la qual el refugi, en definitiva, és una “protecció de substitució”.⁸⁰

Aquesta idea és present, per exemple, a la Sentència *Adan* de la House of Lords britànica d’abril de 1998, quan el lord Lloyd of Berwick estableix que la definició de l’article 1 de la Convenció de Ginebra requereix l’anàlisi de dues qüestions. El demandant d’asil ha de satisfer el *test del temor* i el *test de la protecció* i, en el cas del segon “si, per qualsevol raó, l’Estat en qüestió és incapaç de proporcionar protecció contra faccions de dins de l’estat, llavors, els requisits per a l’estatut de refugiat es compleixen”⁸¹. Sobre la base de la idea del refugi com a protecció de substitució i amb un argument basat en l’efecte útil de les paraules, per justificar una interpretació de persecució que inclogui la possibilitat de persecució per part d’agents no estatals, es diu que:

“Si la categoria (1) [nacionals que són fora del seu país que tenen un temor fonamentat de persecució per un motiu dels de la Convenció, i que no poden emparar-se en la protecció del seu país] estigués confinada als refugiats subjectes a persecució estatal, llavors puc considerar que aquestes persones no podran, *ex hypothesi*, emparar-se en la protecció de l’estat. Des d’aquest punt de vista, les paraules emprades no tindrien sentit. Però la categoria (1) no està limitada d’aquesta manera. També inclou el conjunt important de persones que a vegades s’anomenen *third party refugees*, és a dir, aquells que són víctimes de persecució per part de faccions dins de l’estat. Si l’Estat en qüestió pot proporcionar protecció a aquestes persones, no hi ha cap raó per qualificar-les de refugiats.”⁸²

18. En una sentència de la Court of Appeal britànica de juliol de 1999, on calia decidir, en definitiva, si França

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

81 House of Lords (Regne Unit), Sentència de 2 d’abril de 1998, afer *Regina versus Secretary of State for the Home Department (Appellant) Ex parte Adan (Respondent)*, loc. cit., pàg. 5/9.

82 *Ibidem*, pàg. 4-5/9.

i Alemanya eren estats segurs a l'efecte de transferir-hi uns demandants d'asil de manera que no es comprometés la responsabilitat del Regne Unit de complir la Convenció de Ginebra, la Court es va plantejar quin era el significat de l'article 1 de la Convenció i, especialment, si era possible admetre les interpretacions divergents de la noció de refugiat que feien entre ells i respecte de la del Regne Unit. En aquest cas, es va establir que:

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

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

“És clar que els estats signants van voler que la Convenció proporcionés protecció als refugiats continuadament en les circumstàncies canviants del món present i futur. Des del nostre punt de vista, la Convenció ha de ser vista com a un instrument viu [...]. Observada des d'aquesta òptica, la Convenció de Ginebra és apta inequívocament per oferir protecció contra agents no estatals, quan per la raó que sigui l'Estat no vol o no pot oferir protecció.”⁸³

En el cas *Horvath*, resolt per la House of Lords, també en el Regne Unit, el juliol de 2000, lord Hope of Craig-

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

head va considerar expressament que el propòsit general de la Convenció de Ginebra era permetre que qui ja no gaudeix de la protecció contra la persecució per un dels motius de la Convenció en el seu país, pugui ser protegit per la comunitat internacional, és a dir, el *principi de substitució*. Segons ell, el test del temor de ser perseguit i el test de la protecció estan vinculats quan del que es tracta és de determinar si existeix o hi ha motius per pensar que hi pot haver persecució privada en una determinada situació:

“En el context d’una al·legació de *persecució* per part d’agents no estatals, el mot persecució implica un fracàs per part de l’Estat de fer que hi hagi protecció disponible contra els maltractaments o la violència que una persona pateix a mans dels seus perseguidors. En un cas on l’al·legació és de persecució per part de l’Estat o dels seus agents, el problema, per descomptat, no sorgeix. Hi ha un cas clar de protecció de substitució per part de la comunitat internacional. Però, en el cas d’una al·legació de persecució per part d’agents no estatals, el fracàs de l’Estat en proporcionar protecció és tanmateix un element essencial. Proporciona el pont entre la persecució per part de l’Estat i la persecució per agents no estatals, necessària en l’interès de la coherència de tot el sistema.”⁸⁴

19. Amb la Sentència *Horvath*, la House of Lords va consolidar una línia jurisprudencial que emmarca la interpretació del refugi en la protecció internacional dels drets humans i que considera *irrelevant* la font de la persecució.⁸⁵ Malgrat això, el fet que s’estableixi un vincle entre el test de la persecució i el test de la protecció en el cas de la persecució no estatal comporta alguns problemes. Segons aquesta Sentència ja no es tracta de determinar, primer, el risc de perill i, segon, la possibilitat de protecció per part de l’estat, sinó de veure la *persecució privada* com que inclou un cert grau

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

85 Lambert, Héléne, “The Conceptualisation of ‘Persecution’ by the House of Lords: *Horvath v. Secretary of State for the Home Department*”, IJRL, vol. 13, núm. 1/2, 2001, pàg. 30.

de *culpabilitat* per part de l'estat, cosa que fa en certa manera redundant el segon test. La *confusió* dels tests retorna el paper principal del refugi a l'estat, i dificulta que es pugui fer una argumentació viable sobre que pot existir refugi en cas d'absència d'estat.⁸⁶

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

3. Absència de protecció externa versus absència de protecció interna

20. Textos de referència de l'època, com la definició de *refugiat* de la Constitució de l'Organització Internacional per als Refugiats de 1946,⁸⁷ o anteriors, com una resolució de l'Institut de Droit International de 1936,⁸⁸ que ofereixen definicions universals de refugiat avalen aquesta opció interpretativa. També la majoria de la doctrina, tant de l'època com posterior, assumeix que la noció de refugiat de la Convenció de Ginebra es re-

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

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

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

feria en els anys cinquanta a la manca de voluntat o impossibilitat de prevaler-se de la protecció diplomàtica de l'Estat d'origen.⁸⁹ La qüestió que es planteja és si tenint en compte l'evolució tant de la institució de la protecció diplomàtica com de la protecció internacional dels drets humans en el darrer mig segle, es pot afirmar que la impossibilitat o manca de voluntat d'emparar-se en la protecció de l'Estat d'origen també es refereix a la protecció interna a l'Estat d'origen.

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

Alguns autors han considerat que interpretar la manca de protecció de l'Estat d'origen com a manca de protecció interna, enlloc de manca de protecció diplomàtica i consular dels ciutadans que són a l'estranger, pot ser perjudicial per als mateixos refugiats, ja que pot implicar un trasllat inconvenient de la doctrina dels drets humans i afegir un requisit més a la definició de refugiat, amb el risc que esdevingui més restrictiva.⁹⁰ D'altres, i el mateix ACNUR, han considerat que, fent una interpretació de conjunt, tampoc no cal considerar que la definició de refugiat incorpora la necessitat de demostrar manca de protecció al país d'origen, ja que pot ser legítim per a algú no demanar o acceptar protecció diplomàtica o consular si això el pot dur a ser retornat al lloc on tem patir persecució.⁹¹ En resum, amb paraules de l'ACNUR, les dues perspectives no són contradictòries i poden integrar-se:

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

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

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

“Una anàlisi textual, considerant l'emplaçament d'aquest element [la persona no pot o no vol prevaler-se de la protecció de l'estat], al final de la definició i seguint directament i modificant en un sentit la frase “està fora de l'Estat de la seva nacionalitat”, juntament amb l'existència d'un test diferent per als apàtrides, suggereix que el significat que es pretenia en el moment de la redacció i l'adopció [de la Convenció] era certament protecció externa. Una anàlisi històrica duu a la mateixa conclusió. No voler un mateix prevaler-se d'aquesta protecció externa s'entén que significa no voler exposar-se un mateix a la possibilitat de ser retornat a l'Estat de la nacionalitat on pot succeir la temuda persecució.”⁹²

21. Amb tot, cal tenir en compte, com deia la House of Lords, que la Convenció de Ginebra com, en general, tots els tractats internacionals, i en especial els relatius als de drets humans, és un instrument viu, i que la seva eficàcia depèn d'una aplicació dinàmica ajustada a les circumstàncies actuals.⁹³ No és acceptable la tesi que planteja que entendre la manca de protecció de l'Estat en el sentit de protecció a l'Estat del que s'ha fugit comporti una interpretació restrictiva de la noció de refugiat. Ans el contrari, això significa donar un sentit actual a la noció de refugiat i una eficàcia a la noció. No es tracta de fer del refugi una forma universal de protecció de les persones que poden veure els seus drets humans vulnerats (com s'ha vist, cal que la persona estigui individualitzadament en risc, és a dir, *ella mateixa* en risc, per un motiu de persecució que pot ser col·lectiu, i cal un cert element de discriminació o *diferenciació* basat en un dels motius enunciats en la Convenció), sinó de preservar actualment un sentit útil per a la definició de refugiat.

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

93 Nathwani, Niraj, *Rethinking Refugee Law*, La Haia; Londres; Nova York: Martinus Nijhoff Publishers, 2003, pàg. 11 i 94-98.

Res no justifica el temor que es traslladi inadequadament la doctrina de la protecció dels drets humans, perquè es parteix de la base que el refugiat és una per-

sona perseguida (tant si ja ha patit persecució com si podria patir-ne si no se la protegeix), i que hi ha raons per les quals no pot (o no vol) emparar-se de la *protecció* teòrica externa o interna de l'Estat d'origen. Seria contrari a l'objecte i al propòsit de la protecció dels refugiats present en la Convenció de Ginebra exigir, per exemple, com a requisit, l'esgotament dels recursos interns. Per aquest motiu, tampoc no és acceptable la substitució gairebé completa del refugi per formes de protecció temporal o subsidiària de contingut variable i baix perfil, amb l'excusa que la definició de *refugiat* de la Convenció de Ginebra està ultrapassada per les circumstàncies històriques. La definició de *refugiat*, certament, ja no és útil per a tots els supòsits en què les persones han de fugir del seu lloc d'origen i, per això, és bo establir noves figures de protecció, però això no justifica l'enterrament de la protecció del refugiat a través d'interpretacions restrictives tant de la noció de persona protegida, com del contingut de la protecció.

22. Partint d'aquesta perspectiva, i considerant quin és el sentit avui de la protecció diplomàtica i consular, sobretot en comparació amb el sentit de la protecció dels drets humans, hom s'adona que el primer sistema ha cedit espai a favor del segon dins dels mecanismes de protecció de la persona. Com ha exposat impecablement Walter Kälin, la clàusula de la definició de refugiat que es refereix al fet que la persona no pot o no vol prevaler-se de la protecció del seu país d'origen "ha perdut molt del seu significat original, tal com la funció de la protecció diplomàtica i consular ha canviat fonamentalment des que la Convenció de 1951 va ser redactada. Tot i que aquesta protecció roman important des de diferents punts de vista, ha perdut la funció original d'assegurar uns drets bàsics als estrangers en una època en què els drets humans a escala internacional virtualment no existien".⁹⁴ La protecció

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

diplomàtica servia, fins a mitjan segle XX, per fer que un estat que no respectava l'*estàndard mínim internacional* de tractament en persones estrangeres corregissin la seva actitud i, eventualment, compensessin els danys causats.⁹⁵

“La protecció diplomàtica era el substitut procedimental de la manca de protecció internacional dels drets humans de les persones contra les violacions dels seus drets bàsics en estats estrangers. Amb l'emergència del dret internacional dels drets humans, no obstant això, la importància de l'estàndard mínim va disminuir ja que aquest règim habilita els individus a invocar els seus drets directament respecte d'un estat estranger. Aquests canvis proporcionen fortes raons per a una interpretació del text de l'article 1 A 2 de la Convenció de Ginebra de 1951 que doni a la noció de *protecció* en la clàusula 'no pot prevaler-se...' un significat ampli que també cobreixi la protecció interna. Això comporta una extensió lògica de la idea original dels redactors de la Convenció de 1951, que consideraven la persecució i l'absència de protecció els dos requisits clau de la definició de refugiat.”⁹⁶

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

“S'accepta a Austràlia i s'accepta àmpliament en altres jurisdiccions que el perill greu que implica la persecució pot ser infligit per persones que no són agents del govern de l'Estat de la nacionalitat a què es refereix l'article 1 A 2. No obstant això, el cas paradigmàtic de persecució previst per la Convenció és persecució per part del mateix estat. L'article 1 A 2 tenia per objectiu, encara que no exclusivament, la persecució per part de

95 *Ibidem*.

96 *Ibidem*.

l'Estat o dels seus agents basada en un dels motius assenyalats. Tenint això en compte, hi ha una paradoxa en la referència a la incapacitat o manca de voluntat del refugiat de prevaler-se de la protecció del seu perseguidor. Però, acceptant que, en aquest punt de l'article, es fa referència a la protecció en el sentit restringit, una incapacitat o manca de voluntat de cercar protecció diplomàtica a l'estranger pot ser explicada per una absència de protecció interna en el sentit ampli, o pot estar relacionada amb la possibilitat que cercar aquesta protecció dugui al retorn al lloc de la persecució. Durant els anys cinquanta, la gent fugia cap a Austràlia de la persecució comunista d'Hongria. En arribar, no preguntaven l'adreça de l'ambaixada hongaresa.”⁹⁷

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

⁹⁷ High Court (Austràlia), Sentència d'11 d'abril de 2002, afer *Minister for Immigration and Multicultural Affairs versus Khawar*, loc. cit., § 22.

CONCLUSIONS

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

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

100 Per exemple, House of Lords (Regne Unit), Sentència de 20 de març de 2003, afer *Sepet (FC) and another (FC) (Appellants) versus Secretary of State for the Home Department (Respondent)* [2003] UKHL 15. En aquesta Sentència es va resoldre el cas de dos nois que van arribar al Regne Unit i hi van demanar asil al·legant que no volien fer el servei militar perquè no compartien les opcions polítiques del Govern turc d'assetjament del poble kurd al qual pertanyien, i que això els afectava directament, perquè no volien participar en les accions, fins i tot atrocitats i violacions de drets humans, a les quals podrien ser requerits, ja que, presumiblement, l'àrea operacional on haurien de desenvolupar bona part de les seves activitats com a militars seria a la zona on hi ha el conflicte.

101 Per Jean-François Flauss, pretendre que la solució és en la protecció dels drets humans comporta situar-se en una visió del dret internacional "plus proche de celle de l'âge métaphysique que de l'âge positif", Flauss, Jean-François, "Les droits de l'homme et la Convention de Genève du 28 juillet relative au statut des réfugiés", a Chetail, Vincent; Flauss, Jean-François (ed.), *La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés 50 ans après: Bilan et perspectives*, Brussel·les: Bruylant, 2001, pàg. 94.

102 *Ibidem*, pàg. 129.

23. El discurs dels drets humans aplicat a la definició i la protecció dels refugiats condueix a una comprensió dinàmica de la Convenció de Ginebra sobre la base dels seus propòsits i principis, presents des de més de cinquanta anys enrere.⁹⁸ Aquesta perspectiva ha estat útil per acollir formes de persecució no previstes els anys cinquanta, com les persecucions basades en el sexe de les persones o la seva orientació sexual, emparant-les en la noció de *grup social*;⁹⁹ però, en canvi, no ha servit encara per ampliar el concepte de persecució per raó de les opinions polítiques, per exemple, a l'objecció de consciència, és a dir, als atacs a l'exercici del dret a la llibertat de consciència que poden comportar els càstigs per la negativa a complir el servei militar obligatori en un estat on no es garanteix el respecte ple dels drets fonamentals dels pobles que en formen part.¹⁰⁰

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

La penetració del paradigma de la protecció internacional dels drets humans en el dret del refugi no és un reuulsu d'un abast tal que transformi o absorbeixi aquest, fins a la no-diferenciació entre els dos àmbits,¹⁰¹ sinó que l'enriqueix, a vegades el *suplanta* i, en tot cas, suporta el límit que no pot traspassar-se en ser interpretat i aplicat per part dels estats: és la "xarxa de seguretat contra una aplicació minimalista de la Convenció de Ginebra de 1951".¹⁰²

BIBLIOGRAFIA

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

_ *The International Protection of Refugees: Interpreting article 1 of the 1951 Convention relating to the status of refugees*. RSQ, vol. 20, núm. 3, 2001, pàg. 77-104.

Aleinikoff, Alexander T. "The Meaning of 'Persecution' in United States Asylum Law". IJRL, vol. 3, núm. 1, 1991, pàg. 5-29.

Asís Roig, Rafael de. *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*. Madrid: Debate, 1992.

Bodart, Serge. "L'application de la Convention de Genève aux personnes fuyant de la guerre civile et les persécutions de groupe". RDE, núm. 85, *Journée d'étude du 9 février 1995: Les personnes déplacées*, pàg. 461-466.

Crawford, James; Hyndman, Patricia. "Three Heresies in the Application of the Refugee Convention". IJRL, vol. 1, núm. 2, 1989, pàg. 155-179.

Daley, Krista; Kelley, Ninette. "Particular Social Group: A Human Rights Based Approach in Canadian Jurisprudence". IJRL, vol. 12, núm. 2, 2000, pàg. 148-174.

Escobar Hernández, Concepción (ed.). *Creación de una jurisdicción penal internacional*. Madrid: Escuela Diplomática-AEPDIRI-BOE, 2000.

Fernández Sánchez, Pablo Antonio. "Hacia un concepto jurídico amplio de refugiado". A: Fernández Sánchez; Pablo Antonio (coord.). *Refugiados: derecho y solidaridad*, Sevilla: Ed. Universidad de Sevilla, 1994, pàg. 19-33.

Finke, Jasper. "Granting Asylum Protection from Deportation to Civil War Refugees under German Constitutional Law and the German Aliens Act: The Judgement of the German Federal Constitutional Court of 10 August 2000". GYIL, vol. 43, 2000, pàg. 283-297.

Flauss, Jean-François. "Les droits de l'homme et la Convention de Genève du 28 juillet relative au statut des réfugiés". A: Chetail, Vincent; Flauss, Jean-François (ed.). *La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés 50 ans après: Bilan et perspectives*. Brussel-les: Bruylant, 2001, pàg. 91-131.

Fortin, Antonio. "The Meaning of 'Protection' in the Refugee Definition". *IJRL*, vol. 12, núm. 4, 2000, pàg. 548-576.

Golestanian, M. "Réfugiés, vers un élargissement progressif de la notion «certain groupe social» - «particular social groupe» aux États-Unis". *RDIDC*, núm. 4, 2001, pàg. 325-339.

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

Grahl-Madsen, Atle. *The Status of Refugees in International Law*. Vol. I, "Refugee character". Leyden: A.W. Sijthoff, 1966.

Hathaway, James C. *The Law of Refugee Status*. Toronto; Vancouver: Butterworths, 1991.

Heuven Goedhart, Gerrit Jan van. "The Problem of Refugees". *Recueil des Cours. Académie de Droit International*, vol. 82, 1953-I, pàg. 259-371.

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

Kälin, Walter. "Flight in times of war". *RICR-IRRC, 50e anniversaire de la Convention sur les réfugiés. La protection des réfugiés dans les conflits armés; 50th Anniversary of the 1951 Refugee Convention. The Protection of Refugees in Armed Conflict*, vol. 83, núm. 843, 2001, pàg. 629-649.

_ "Non-State Agents of Persecution and the inability of the State to Protect". *GILJ*, vol. 15, 2001, pàg. 415-426.

_ "Refugees and Civil Wars: Only a Matter of Interpretation?". *IJRL*, vol. 3, núm. 3, 1991, pàg. 435-451.

Lambert, Hélène. "The Conceptualisation of 'Persecution' by the House of Lords: *Horvath v. Secretary of State for the Home Department*". *IJRL*, vol. 13, núm. 1/2, 2001, pàg. 16-31.

Macpherson, C. B. *La Teoría política del individualismo posesivo. De Hobbes a Locke*. 2a ed. Barcelona: Fontanella, 1979.

Magner, Tara. "Does a Failed State Country of origin result in a failure of International Protection? A Review of policies toward asylum-seekers in leading asylum nations". *GILJ*, vol. 15, 2001, pàg. 703-726.

Martin, David A. "Refugees and Migration". A: Schachter, Oscar; Joyner, Christopher C. *United Nations Legal Order*. Vol. 1, cap. 8. Cambridge: Cambridge University Press, 1995, pàg. 391-432.

Martin, Rex. *A system of rights*. Oxford: Clarendon Press, 1993.

Moore, Jennifer. "Whiter the Accountability Theory: Second-Class Status for Third-Party Refugees as a Treat to International Refugee Protection". *IJRL*, vol. 13, núm. 1/2, 2001, pàg. 32-50.

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

Olbourne, Ben. "Refugees and Internal armed conflicts". *The Cambridge Law Journal*, vol. 60, part 3, nov. 2001, pàg. 446-449.

Puong, Catherine. "Persecution by Non-state Agents: Comparative Judicial Interpretations of the 1951 Refugee Convention". *EJML*, vol. 4, núm. 4, 2003, pàg. 521-532.

Schnyder, Francis. "Les aspects juridiques actuels du problème des réfugiés". *Recueil des Cours. Académie de Droit International*, tom 114, 1965-I, pàg. 335-450.

Spijkerboer, Thomas. "Querelle Asks for Asylum". A: Fitzpatrick, Peter; Bergeron, James Henry (ed.). *Europe's Other: European Law Between Modernity and postmodernity*. Aldershot (Hampshire-UK): Ashgate, 1998, pàg. 189-217.

Steinbock, Daniel J. "Interpreting the Refugee Definition". *UCLA Law Review*, vol. 45, núm. 3, 1998, pàg. 733-816.

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

Tiberghien, Frédéric. "Statut de réfugié et persécution par des agents non publics". *RFDA*, vol. 14, núm. 2, 1998, pàg. 244-257.

Türk, Volker; Nicholson, Frances. "Refugee protection in international law: an overall perspective". A: Türk, Volker; Nicholson, Frances (ed.). *Refugee Protection in International Law. UNHCR's Global Consultations on International Protection*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, pàg. 3-45.

Vermeulen, Ben; Spijkerboer, Thomas; Zwaan, Karin; Fernhout, Roel. *Persecution by Third Parties*. Nijmegen: University of Nijmegen-Centre for Migration Law, maig de 1998.

Vidal, Mavelyn. "Membership of a Particular Social Group and the Effect of *Islam* and *Shah*". *IJRL*, vol. 11, núm. 3, 1999, pàg. 528-536.

Wilsher, Daniel. "Non-State Actors and the Definition of a Refugee in the United Kingdom: Protection, Accountability or Culpability?". *IJRL*, vol. 15, núm. 1, 2003, pàg. 68-112.

Weis, Paul. "Le concept de réfugié en droit international". *JDI*, tom 87, núm. 4, 1960, pàg. 928-1001.

_ "Le Statut international des Réfugiés et Apatrides". *JDI*, vol. 83, núm. 1, 1956, pàg. 4-71.

_ "The International Protection of Refugees". *AJIL*, vol. 48, núm. 2, 1954, pàg. 193-221/ "La protection internationale des réfugiés", extret de la *Révue internationale de la Croix-Rouge*, setembre-novembre de 1954, HCR/INF/27, pàg 41.

RESUMEN

**Los derechos humanos como motor
de la evolución del régimen internacional
de protección de los refugiados,
por Sílvia Morgades Gil**

**Trabajo ganador del I Premio de Investigación
en Derechos Humanos**

La Convención de Ginebra de 1951 y el Protocolo de Nueva York de 1967 instauraron el régimen de protección de los refugiados que se ha ido desarrollando hasta la actualidad. A pesar del avance de dicha cuestión, ningún instrumento internacional general de protección de los derechos humanos establece el derecho de ser reconocido como refugiado o el derecho a obtener asilo territorial en un estado extranjero, como un derecho humano irrevocable.

Este trabajo analiza y desarrolla la idea que la protección internacional de los derechos humanos ha tenido una incidencia positiva en la interpretación de la noción de refugiado establecida en la Convención de Ginebra de 1951.

Es significativa la idea de que la definición de refugiado de la Convención de Ginebra ya no es útil para todos los supuestos en que las personas tienen que huir de su lugar de origen y, en consecuencia, es positivo establecer nuevas figuras de protección.

La autora se basa en dos ejes para analizar la noción de refugiado: la noción de persecución y la noción de protección o de ausencia de protección. Mediante un análisis jurídico, hecho a partir de casos reales, establece los parámetros para ofrecer una visión completa del concepto de refugiado, así como la definición de grupo social como motivo de persecución, la aplicabilidad del refugio en contextos de conflicto armado, el agente de la persecución y la perspectiva de la responsabilidad y de la protección.

En este contexto, muestra que el discurso sobre derechos humanos de los últimos años ha incidido positivamente en algunos casos y ha creado una especie de “red de seguridad”, que ha permitido la protección de

los refugiados en algunos sectores importantes para el ser humano.

En definitiva, este discurso todavía no ha servido para avanzar en otros ámbitos, como el de las opiniones políticas o la prohibición de la libertad de conciencia, para los que todavía deben encontrarse mecanismos más adecuados de protección. Una interpretación laxa de la protección que supone la Convención puede permitir acoger formas de persecución no previstas en los años cincuenta, como las relacionadas con el sexo o la orientación sexual de las personas.

Que el concepto de refugiado avance e incorpore nuevos elementos relacionados con la protección del individuo, depende de la voluntad que la comunidad internacional tenga en cada momento histórico sobre qué conductas son formas de persecución prohibida.

ABSTRACT

**Human rights as the motor of the development of the international refugee protection regime
by Sílvia Morgades Gil**

**The First Human Rights Research Prize
winning article**

The 1951 Geneva Convention and the 1967 New York Protocol set up the refugee protection regime that has gradually developed until now. In spite of progress on the matter, no general instrument for the protection of human rights has established the right to be recognised as a refugee, or the right to obtain territorial asylum in a foreign state, as an irrevocable human right.

This article examines and develops the idea that the international protection of human rights has had a positive influence on the interpretation of the notion of refugee contained in the 1951 Geneva Convention.

Moreover, the definition of refugee in the Geneva Convention can no longer be regarded as useful for all the circumstances in which people nowadays have to flee from their place of origin and that is why it is a good thing that new figures of protection should be established.

The author bases her analysis of the notion of refugee on two key concepts: the notion of persecution and the notion of protection or lack of protection. Through a legal analysis based on real cases, she establishes the parameters required to provide a comprehensive view of the concept of refugee and the definition of social group as a reason for persecution, the applicability of refuge in contexts of armed conflict, the agent of persecution and the perspective of responsibility and protection.

In this context, she shows that the discourse on human rights of the past few years has had a positive influence in some cases and has created a sort of “safety net” that has made the protection of refugees possible in certain important respects for human beings.

Unfortunately, this discourse has not yet served to make progress in other areas such as, for example, political opinions or the obstacles to freedom of conscience, for which more precise protection mechanisms need to be found. A broad interpretation of the protection laid down by the Convention could make it possible to include forms of persecution not foreseen in the 1950s, such as those to do with people's gender or sexual orientation. Whether or not the concept of refugee will move forward and incorporate new elements related to protection of the individual will depend on the international community's will at each moment in history in determining which behaviours are forms of prohibited persecution.