

LEGISLACIÓ I JURISPRUDÈNCIA SOBRE IMMIGRACIÓ I ASIL 2023



Aquest informe és el resultat de l'Observatori de legislació i jurisprudència sobre immigració i asil, un treball conjunt entre el CER-Migracions (CER-M) i la Comissió Catalana d'Acció pel Refugi (CCAR) en el marc del projecte Catalunya, terra d'asil: enfortim i defensem la institució de l'asil a Catalunya pels drets de les persones desplaçades forçosament i per a construir una societat més justa, inclusiva i intercultural. En el marc de la col·laboració, el CER-M realitza un anàlisi periòdic exhaustiu de jurisprudència i informes rellevants en matèria de migració i asil a nivell estatal, europeu i internacional. A partir de l'estudi, les dues entitats amb expertesa en l'àmbit realitzem reunions mensuals per tal d'analitzar i compartir impressions sobre els avenços i retrocessos en el dret d'asil. El present informe consta dels temes més rellevants en sentències i informes d'immigració i asil entre el maig de 2023 i gener de 2024. L'objectiu d'aquest treball és que pugui servir com a document de consulta per a organitzacions i treballadores del sector.

Autors

Georgina Rodríguez; Laura Salzano; Fernanda Torres; Devika Pérez;
Thales Speroni; Diego Boza

Coordinació

CCAR i CER-M

ÍNDEX

1. LA SALUT DE LES PERSONES MIGRADES I REFUGIADES: INFORMES INTERNACIONALS I LA DECLARACIÓ DE RABAT	Pàgina 4
2. ELS DRETS ESTABLERTS EN EL CONVENI EUROPEU DE DRETS HUMANS COM A OBLIGACIONS PER A LES CONDICIONS D'ACOLLIDA DELS SOL·LICITANTS D'ASIL	Pàgina 7
3. CRITERIS PER IMPOSAR LA SANCIÓ D'EXPULSIÓ EN LLOC DE LA DE MULTA DESPRÉS DE LA JURISPRUDÈNCIA RECENT DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL I DEL TRIBUNAL SUPREM	Pàgina 10
4. PERSECUCIÓ PER RAONS POLÍTIQUES	Pàgina 13
5. L'ACOLLIDA PER A MENORS ESTRANGERS	Pàgina 16
6. LA SITUACIÓ DELS SOL·LICITANTS D'ASIL A L'ESPERA DE LA RESOLUCIÓ DEL RECURS CONTRA LA DENEGACIÓ. L'ADOPCIÓ EN ESPANYA DE LA SENTÈNCIA GNANDI	Pàgina 19
7. L'EXPULSIÓ DE ESTRANGERS MENORS A CEUTA: REGULACIÓ ACTUAL I LA STS 86/2024	Pàgina 22
8. LA VIOLÈNCIA DE GÈNERE COM A MOTIU DE PERSECUCIÓ I PROTECCIÓ INTERNACIONAL: STJUE CAS "WS CONTRA INTERVYUIRASHT ORGAN NA DARZHAVNA" (ASSUMPTTE C-621/21, DE 16 DE GENER)	Pàgina 26
9. PRINCIPI DE NO DEVOLUCIÓ I DRETS HUMANS A L'AFGANISTAN: LA COMUNICACIÓ N° 1047/2021 DEL COMITÉ CONTRA LA TORTURA	Pàgina 31



1. LA SALUT DE LES PERSONES MIGRADES I REFUGIADES: INFORMES INTERNACIONALS I LA DECLARACIÓ DE RABAT

Quines són les implicacions per la salut de ser una persona migrant, refugiada o sol·licitant d'asil? Les persones que es troben en aquestes categories de mobilitat no només tenen una major tendència a condicions de salut adverses, sinó que també han de fer front a múltiples obstacles a l'intentar accedir als serveis públics d'atenció sanitària. Ser migrant, sol·licitant d'asil o refugiat té un impacte significatiu en els indicadors clau de salut i benestar, com són l'esperança de vida i la qualitat i l'accés als serveis d'atenció mèdica. La situació migratòria d'una persona és considerada com un dels determinants socials de la salut (DSS)¹. Organitzacions com l'Organització Mundial de la Salut (OMS) i l'Organització Internacional per a les Migracions (OIM) han emès informes rellevants sobre aquesta temàtica, una qüestió que s'abordarà en la primera part d'aquest text. En la segona part, es realitzarà un anàlisi de la recent Declaració de Rabat, un document que posa de relleu la necessitat d'integrar les poblacions migrants i refugiades com a agents actius en les polítiques de salut pública.

Desigualtats sistèmiques i vulnerabilitats interseccionals

L'any 2022, l'OMS va publicar l'Informe Mundial sobre la Salut dels Refugiats i Migrants, el qual mostra una tendència cap a l'empitjorament en la situació dels indicadors de salut de les persones migrants, sol·licitants d'asil i refugiades als països de destí². Malgrat la fragmentació de les dades i evidències sobre la salut de les persones migrants, sol·licitant d'asil i refugiades³, l'informe destaca els següents resultats:

- Discriminació i salut laboral. Els treballadors migrants i refugiats s'enfronten sovint a discriminació, explotació, així com a una protecció insuficient dels seus drets laborals i socials. Això contribueix a que pateixin de manera desproporcionada problemes de salut ocupacional. Un indicador que posa en evidència aquesta situació és l'elevada incidència de lesions laborals no fatals entre la població migrant en comparació amb els treballadors nadius, tal com s'ha observat en països com Argentina i Espanya⁴.

- La pandèmia de COVID-19 ha exacerbat la vulnerabilitat i ha augmentat la visibilitat de la importància dels migrants i persones refugiades pels sistemes de salut públics. En molts països, on els migrants ocupen rols essencials en l'atenció sanitària, aquests treballadors presenten un risc considerablement més alt de contraure formes greus de COVID-19 en comparació amb els treballadors no migrants.
- Desigualtat de gènere i edat. La salut de les dones refugiades i desplaçades sovint presenta indicadors significativament pitjors en comparació amb altres grups migrants i no migrants. Les desigualtats en l'accés als serveis de salut maternoinfantil són una de les moltes manifestacions d'aquesta situació.
- Risc d'anèmia. Les poblacions refugiades i migrants, especialment les dones i els nens, mostren taxes d'anèmia més elevades que les poblacions locals en la majoria de les regions monitoritzades per l'OMS. També s'enfronten a un risc major de desnutrició, particularment en alguns camps de refugiats.
- Malalties No Transmissibles (MNT). Les MNT afecten cada vegada més a les poblacions de refugiats i migrants. Els diagnòstics de càncer en etapes avançades són més comuns en aquests grups, sovint a causa d'un accés limitat a mesures preventives. A més, la diabetis i la hipertensió no diagnosticades i no tractades són més habituals entre refugiats i migrants en comparació amb les poblacions no migrants.
- Salut mental. Es registren taxes més altes de depressió i ansietat en diferents etapes del procés migratori, afectades per una varietat de factors individuals, socials i ambientals. Els refugiats i migrants afectats per conflictes i guerres sovint pateixen nivells elevats de trastorn d'estrès posttraumàtic i altres afeccions de salut mental, essent els joves i adolescents particularment vulnerables. De la mateixa manera, els infants refugiats, sol·licitants d'asil i aquells en situació irregular mostren una major prevalença de problemes de salut mental en comparació amb els seus coetanis no migrants.

¹Organització Mundial de la Salut. (2012) (Subsanar las desigualdades en una generación: alcanzar la equidad sanitaria actuando sobre los determinantes sociales de la salud: informe final de la Comisión Sobre Determinantes Sociales de la Salud. Ginebra. <https://iris.who.int/handle/10665/44084>

²Organització Mundial de la Salut. (2022). World report on the health of refugees and migrants. Retrieved from <https://www.who.int/publications/i/item/9789240054462>

³L'informe de l'OMS (2022, p. 212) destaca, específicament, la falta de dades de salut sistemàtiques sobre nens i nenes migrants recent arribats a Grècia, Portugal i Espanya.

⁴Organització Mundial de la Salut. (2022). "Health status of refugees and migrants: a global perspective". In: World report on the health of refugees and migrants Retrieved from www.who.int/publications/i/item/9789240054462

Aquests resultats evidencien urgentment la necessitat d'ajustar les polítiques públiques i d'implementar intervencions estratègiques concretes per millorar els resultats sanitaris de les persones refugiades i migrants.

Ja entrats a l'any 2023, l'OMS ha publicat un nou informe⁵, que presenta 49 casos d'èxit de polítiques públiques a diferents escales, tant nacionals com locals, a nivell mundial. Aquest informe serveix de suport al desenvolupament de polítiques, programes i accions enfocats a la salut de les persones refugiades i migrants.

La Declaració de Rabat: Un pas endavant en el reconeixement del dret a la salut dels migrants

El 13 de juny d'aquest any va ser signada la Declaració de Rabat⁷, marcant una fita important en el reconeixement i garantia dels drets de salut dels migrants, sol·licitants d'asil i refugiats. Aquest document es va desenvolupar durant una sèrie de sessions d'alt nivell en el marc de la Tercera Consulta Mundial sobre la Salut dels Refugiats i Migrants, celebrada del 13 al 15 de juny de 2023. L'esdeveniment va ser organitzat conjuntament pel Regne de Marroc, l'OMS, l'OIM i l'Agència de les Nacions Unides per als Refugiats (ACNUR), i va comptar amb la presència de representants governamentals de 50 estats membres de les Nacions Unides, observadors, així com membres d'organitzacions humanitàries, de la societat civil, comunitats de refugiats i migrants, i agències de les Nacions Unides.

En aquesta mateixa línia, al maig d'aquest any, l'OIM va publicar un informe⁶ que recull dades sobre l'impacte de les seves iniciatives de salut durant l'any 2022. Dins del conjunt d'activitats destacades, s'inclou l'administració d'1,6 milions de vacunes, l'execució d'avaluacions de salut a més de 904 mil persones, la prestació de 5,6 milions de consultes mèdiques, i la realització de 273.900 consultes prenatales.

La Declaració de Rabat fa èmfasi en la necessitat crítica d'integrar les poblacions de migrants, sol·licitants d'asil i refugiats en les polítiques de salut pública i de promoure els procediments de certificació i qualificació dels professionals de la salut estrangers als països de destí. A més, la Declaració fa una crida a l'eliminació de qualsevol barrera que impedeixi l'accés a l'atenció mèdica d'aquestes poblacions, incloses les barreres polítiques, administratives, legals, econòmiques, així com les arrelades en el racisme o la discriminació.

⁵Organització Mundial de la Salut. (2023, 2 de març). Promoting the health of refugees and migrants: Experiences from around the world. Health and Migration Programme. Retrieved from <https://www.who.int/publications/i/item/9789240067110>

⁶Organització Internacional per a les Migracions. (2023). Migration Health 2022 Impact Overview. Recuperado de <https://publications.iom.int/es/node/5816>

⁷Organització Mundial de la Salut (2023, Jun 13). Rabat Declaration. High-level segment of the 3rd Global Consultation on the Health of Refugees and Migrants. Retrieved from <https://www.who.int/news/item/16-06-2023-rabat-declaration-adopted-to-improve-refugee-and-migrant-health>



2. ELS DRETS ESTABLERTS EN EL CONVENI EUROPEU DE DRETS HUMANS COM A OBLIGACIONS PER A LES CONDICIONS D'ACOLLIDA DELS SOL-LICITANTS D'ASIL

El passat 18 de juliol la Sala Segona del Tribunal Europeu de Drets Humans (d'ara endavant, TEDH) va dictar una sentència en què condemnava Bèlgica pel tracte inadequat que havia dispensat a un sol·licitant de protecció internacional⁸.

En concret, en la sentència Camara contra Bèlgica, el TEDH va considerar que l'Estat belga havia vulnerat l'article 6 del Conveni Europeu de Drets Humans (d'ara endavant, CEDH) al no aplicar amb la celeritat suficient el requeriment del Tribunal Laboral Francòfon de Brusselles per oferir al Sr. Camara les condicions de vida i allotjament adequades en tant que sol·licitant de protecció internacional.

El recurrent arribava el 12 de juliol de 2022 a territori belga i el 15 del mateix mes presentava la seva sol·licitud de protecció internacional; en virtut de la qual, el Sr. Camara va requerir a Fedasil (l'organisme estatal competent) una plaça en els recursos d'acollida pertinents. Tanmateix, des de Fedasil va informar-se'l que la saturació del sistema d'acollida feia impossible oferir-li tal plaça. Davant d'aquesta negativa, el recurrent va acudir a la justícia (concretament al Tribunal Laboral Francòfon de Brusselles) per exigir la garantia d'unes condicions de vida mínimes. El Tribunal va donar la raó i ordenar a Fedasil assegurar l'allotjament del Sr. Camara en un centre d'acollida, en un hotel o qualsevol establiment altre adequat, sota la pena de 1.000 euros per cada nit que el sol·licitant no disposés d'aquest allotjament d'urgència.

Aquesta decisió fou ferma des del 29 d'agost de 2022; però no és fins al 3 de novembre que Fedasil no li ofereix una plaça en un centre del sistema belga d'acollida. En conseqüència, el recurrent va romandre durant 112 dies des de la presentació de la sol·licitud de protecció internacional en situació de carrer, dormint en les estacions, en matalassos improvisats dispensats per organitzacions socials o en cartrons al carrer.

El TEDH argumenta que aquests fets constitueixen una vulneració de l'article 6 del CEDH, entenent que el retard excessiu en l'execució de la decisió del Tribunal Laboral de Brusselles implica una violació de la mateixa essència del dret a un procés just contingut en l'article 6 del Conveni. El TEDH declara també que no hi ha hagut manca de diligència per part del govern belga en l'execució de la decisió. No obstant això, davant la gravetat de la situació viscuda i la seva afectació a la dignitat del recurrent, l'absència de places no és acceptada

com a causa justificativa pel retard en l'execució de la decisió, sobretot quan es tracta d'un supòsit en què cal protegir la dignitat humana. D'aquesta manera, el TEDH segueix la línia ja traçada per la Sala Cinquena en el cas M.K. i altres contra França⁹.

El recurrent, però, també havia allegat la vulneració dels articles 3 (prohibició de tortura o tracte degradant) i 8 (dret a la vida personal i familiar) en aquest cas. El Tribunal rebutja aquestes alegacions per manca d'esgotament de les vies internes, la qual cosa li impedeix tornar a pronunciar-se sobre la possible vulneració d'aquests drets que es produeix quan les condicions d'acollida ofertes pels Estats als sol·licitants d'asil són inadequades.

Així i tot, sobre aquest extrem poden recuperar-se sentències anteriors en què el TEDH ha analitzat aquesta relació. És el cas, per exemple, de la sentència Amadou contra Grècia¹⁰. En aquella ocasió, el sol·licitant, de nacionalitat gambiana, havia entrat a Grècia irregularment i havia sol·licitat asil. Després de tres mesos detingut en els centres de Fylakio i Aspropyrgos, fou deixat en llibertat sense oferir-se-li cap mena de recurs vital o d'habitatge. És per això que va acudir al TEDH, que va determinar l'existència d'una vulneració de l'article 3 del CEDH. El Tribunal d'Estrasburg va posar l'accent en la duració dels procediments d'asil a Grècia, que, en el cas del recurrent, s'havien prolongat almenys tres anys i tres mesos. Durant aquest temps, a més a més, dues qüestions eren especialment rellevants. Per una part, la falta de places suficients en el sistema grec d'asil per acollir els sol·licitants de protecció internacional, i, per l'altra, per les dificultats administratives i pràctiques que els sol·licitants d'asil trobaven a Grècia per al seu accés al mercat laboral. Per aquests motius el TEDH va considerar que el Sr. Amadou havia sigut col·locat per les autoritats gregues en una situació degradant, contrària a l'article 3 del Conveni.

Però no només en relació amb l'article 3 o l'article 6; també l'article 8 del Conveni ha sigut objecte d'anàlisi quant a la situació dels sol·licitants de protecció internacional. Novament contra Grècia, el cas B.A.C. resulta molt rellevant¹¹. En aquella ocasió es tractava d'un ciutadà de nacionalitat turca, però d'origen kurd, activista polític del PKK, que havia arribat a Grècia el 2002 i sol·licitat asil. La seva sol·licitud havia estat rebutjada l'any següent, denegació contra la qual va interposar un recurs. El recurs havia rebut una opinió favorable del Comitè Consultiu sobre Asil, però no havia estat resolt.

⁸Sentència del TEDH (Sala Segona) de 18 de juliol de 2023, en el cas Camara contra Bèlgica. <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-225884>

⁹Sentència del TEDH (Sala Cinquena) de 8 de desembre de 2022, en el cas M.K. i altres contra França. <https://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-221264>

¹⁰Sentència del TEDH (Sala Primera) de 4 de febrer de 2016, en el cas Amadou contra Grècia. <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-160764>

¹¹Sentència del TEDH (Sala Primera) de 13 d'octubre de 2016, en el cas B.A.C. contra Grècia. <https://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-167806>

De fet, el sol·licitant havia romàs en aquesta situació de 2003 fins a 2015 amb l'obligació de renovar cada sis mesos la seva documentació com a sol·licitant d'asil. Tanmateix, aquesta documentació no constituïa un permís de residència ni permetia al seu titular exercir els seus drets; la seva única funció era permetre-li romandre en territori grec i evitar-ne l'expulsió.

Davant d'aquest panorama, el recurrent acudí al TEDH, que va considerar que la situació vulnerava el dret a la vida personal consagrat a l'article 8 del CEDH. El Tribunal va entendre que aquest article no només contenia obligacions negatives de no interferir en el dret a la vida personal i familiar dels ciutadans, sinó que també comportava obligacions positives. Entre elles, les d'introduir mecanismes adequats per protegir els drets de les persones.

En aquest sentit, el TEDH va argumentar que la situació d'inseguretat i inestabilitat a la qual l'Estat grec havia abocat aquesta persona en no resoldre el recurs sobre la seva sol·licitud d'asil durant més de dotze anys implicava una vulneració evident del seu dret a la vida privada.

Com pot veure's, la recent sentència Camara és un nou exemple de la posició del TEDH en relació als drets dels sol·licitants d'asil, defensant que el contingut del Conveni desplega efectes específics sobre aquestes persones, més enllà d'impedir la seva expulsió i detenció. Es tracta, també, de garantir unes condicions d'acollida dignes que els permetin subsistir durant el temps de tramitació dels procediments administratius que els afecten, com passa en el cas Camara. Però no és l'únic exemple. Quan els procediments s'allarguen excessivament en el temps, les obligacions de l'Estat s'intensifiquen i també poden generar-se vulneracions en relació amb la prohibició de tractes inhumans o degradants (art. 3) o el dret a la vida personal (art. 8).



**3. CRITERIS PER IMPOSAR LA
SANCIÓ D'EXPULSIÓ EN LLOC
DE LA DE MULTA DESPRÉS DE
LA JURISPRUDÈNCIA RECENT
DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
I DEL TRIBUNAL SUPREM**

La sentència Zaizoune¹² del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (TJUE) va portar a una reinterpretació de les normes sobre els procediments d'expulsió a Espanya, amb l'objectiu d'ajustar-se al respecte de la Directiva Retorn. Tradicionalment, d'acord amb l'article 57.1 de la Llei Orgànica 4/2000 (Llei d'Estrangeria), la infracció per estada irregular a Espanya s'associava a la sanció de multa, llevat que l'Administració argumentés factors agreujants que justificassin l'expulsió. No obstant això, la sentència Zaizoune va determinar que la imposició automàtica de la multa en lloc de l'expulsió era contrària a la Directiva Retorn. Això va portar a una nova interpretació per part de l'Administració i els tribunals espanyols, que van començar a considerar l'expulsió com a sanció obligatòria per a la infracció d'estada irregular, com va confirmar el Tribunal Suprem d'Espanya en la seva sentència del 12 de juny de 2018¹³.

Tanmateix, el TJUE va revisar aquesta postura en dues sentències posteriors, MO¹⁴ i UN¹⁵, suavitzant les directrius de la sentència Zaizoune. En la sentència MO, el TJUE va aclarir que la presència de circumstàncies agreujants és necessària per a justificar la sanció d'expulsió en comptes de la de multa, i que la Directiva Retorn no pot servir com a única base per optar per l'expulsió. Finalment, en la sentència UN, el TJUE va establir que la sanció de multa, que comporta la sortida obligatòria del sancionat, no contradiu la Directiva Retorn, ratificant així la compatibilitat del sistema espanyol amb la normativa europea. La fluctuació de la jurisprudència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (TJUE) ha provocat un augment significatiu de la litigiositat als tribunals espanyols en casos d'expulsió de persones estrangeres en situació d'irregularitat. Aquesta tendència es deu, tant als greus efectes que les expulsions tenen en la vida dels afectats, com a les interpretacions variables dels factors agreujants i la proporcionalitat de les sancions.

Recentment, tant el Tribunal Constitucional com el Tribunal Suprem espanyol han emès pronunciaments rellevants. El Tribunal Constitucional¹⁶, en una sèrie de sentències com les 47/2023, 53/2023, 55/2023, 80/2023 i 87/2023, ha establert que l'expulsió no pot imposar-se com a única sanció per l'estada irregular sense circumstàncies agreujants, ja que això contravindria l'article 25.1 de la Constitució Espanyola. Aquesta jurisprudència rebutja la possibilitat d'un efecte directe invers de la Directiva Retorn i admet els recursos d'empara, anul·lant les resolucions administratives i judicials corresponents.

D'entre aquestes, destaca la sentència 87/2023, que aborda el moment de l'allegació de les causes agreujants. Aquesta sentència indica que els factors agreujants que no es presenten durant el procediment administratiu no poden ser introduïts durant el procediment judicial, ja que és l'Administració, i no el jutge, qui ha de determinar els fets que sanciona.

Paral·lelament, el Tribunal Suprem ha dictat sentències relacionades, moltes d'elles originades a partir de decisions dels Tribunals Superiors de Justícia que aplicaven la sentència Zaizoune sense requerir factors agreujants per imposar la sanció d'expulsió. No obstant això, el Tribunal Suprem ha clarificat que l'expulsió requereix una valoració individualitzada i la identificació de circumstàncies agreujants que justifiquin la proporcionalitat de la mesura¹⁷.

No obstant això, el Tribunal Suprem va una mica més enllà i no sols confirma la necessitat de requerir a l'Administració que justifiqui la decisió d'expulsió en alguna circumstància agreujant que ha de ser tinguda en compte, sinó que analitza algunes d'aquestes circumstàncies per a establir un autèntic "catàleg d'agreujants" que podrien sustentar la imposició de l'expulsió. En aquest procés, evidentment, descarta unes altres que han estat habitualment al·legades per l'Administració.

De totes aquestes sentències, la més rellevant sembla ser la de 18 de setembre de 2023¹⁸. La sentència en qüestió resol un recurs de cassació Contenciós-Administratiu davant d'una decisió del Tribunal Superior de Justícia del País Basc que havia confirmat el judici del Jutjat contenciós administratiu núm. 3 de Donostia. Aquesta última sentència havia desestimat el recurs contra l'actuació de la Subdelegació del Govern a Guipúscoa, que havia ordenat l'expulsió d'Espanya de l'estranger afectat. El recurs de cassació es va presentar perquè el TSJ del País Basc, tot i dictar-se posteriorment a les sentències MO, va determinar que l'única sanció aplicable a l'estranger en situació irregular era la d'expulsió, contràriament a la jurisprudència tradicional del Tribunal Suprem. Segons aquesta, era necessari demostrar la presència de circumstàncies agreujants per justificar l'expulsió, una pràctica que es considerava incompatible amb el Dret de la Unió després de la Directiva.

El Tribunal Suprem, no obstant això, va rebutjar aquesta interpretació, sostenint que la imposició d'una multa no exclou l'obligació de l'estranger de sortir d'Espanya, tal com exigeix la Directiva Retorn. Aquest mandat es desprèn del marc legal i s'enforteix amb la pròpia resolució que estableix la multa.

En conseqüència, el Tribunal Suprem afirma que per imposar l'expulsió, l'Administració ha de justificar adequadament els motius d'aquesta sanció més severa. En aquest context, la sentència analitza les circumstàncies agreujants, tant subjectives com objectives, reconegudes per la jurisprudència. Un exemple d'agreujament subjectiu és l'estada irregular de l'estranger sense documentació identificadora. Encara que el TS reconeix això com un factor agreujant, subratlla que si durant el procediment es presenta o es verifica la documentació pertinent, l'argument d'agreujament perd validesa¹⁹.

¹²Sentència del Tribunal de Justícia de la UE (Sala Quarta) de 23 d'abril de 2015, (assumpte C-28/14).

¹³Sentència de la sala del Contenciós, n° 980/2018 (Roj: STS 2523/2018).

¹⁴Sentència del Tribunal de Justícia de la UE (Sala Sisena) de 8 d'octubre de 2020, (assumpte C-568/19).

¹⁵Sentència del Tribunal de Justícia de la UE (Sala Tercera) de 3 de març de 2022, (assumpte C-409/20).

¹⁶Per a totes, Sentència del Tribunal Constitucional, 47/2023, FJ 4c).

¹⁷Per a totes, Sentència del Tribunal Constitucional, 47/2023, FJ 4c).

¹⁸Sentència de la Sala del Contenciós núm. 1140/2023 (Roj: STS 3700/2023).

¹⁹Como es el cas que dona lloc a la sentència de la Sala del Contenciós de 4 de juliol, núm. 913/2023 (Roj: STS 3107/2023).

També són circumstàncies agreujants que s'ignori la forma d'entrada en territori espanyol, no haver emplenat voluntàriament una ordre prèvia de sortida obligatòria, haver al·legat dades falses, disposar de documentació identificadora falsa o que consti contra la persona estrangera una prohibició d'entrada.

És especialment interessant la referència a les circumstàncies que donen lloc a la incoació del procediment preferent com són la previsibilitat que l'estranger intenti evitar o dificultar l'expulsió o quan existeixi risc d'incompareixença. Precisament, s'assenyala que no és suficient que hagin estat tingudes en compte per a l'elecció del procediment preferent si no que es requereix una valoració individualitzada i contrastada en el marc del procediment administratiu.

Respecte els antecedents, el TS, per la seva banda, accepta que els antecedents penals siguin una circumstància d'agreujament. No obstant això, respecte als antecedents policials sosté que, si l'Administració no esbrina i deixa constància del resultat d'aquests antecedents policials, l'expulsió no estaria justificada. Referent a això, també s'indica que aquests antecedents, sense una valoració d'un comportament personal no poden considerar-se tampoc elements prou raonats dels quals pugui deduir-se una conducta personal de l'interessat, que constitueixi una

amença real per a la societat com exigeix la jurisprudència del TJUE²⁰. Finalment, entre les circumstàncies d'agreujament, la sentència fa referència a la manca de domicili conegut, que considera que no ha estat prou analitzada i sembla insuficient com a única circumstància que justifiqui l'agreujament.

En el costat contrari, el Tribunal Suprem en aquesta sentència recorda que no pot ser una circumstància agreujant no haver sol·licitat pròrroga d'estada o permís de residència o mancar d'arrelament ja que aquestes circumstàncies suposen els mateixos pressupostos de la infracció²¹. En aquest sentit, la sentència precisa que la manca d'arrelament familiar o arrelament social no pot suposar una raó que justifiqui la imposició de la sanció d'expulsió, ja que es tracta de circumstàncies que han de ser tingudes en compte de manera positiva quan concorrin, però no de manera negativa quan faltin.

Finalment, la sentència fa referència a les circumstàncies previstes en l'article 5 i en els apartats 2, 3, 4 i 5 de l'article 6 de la Directiva Retorn. Aquestes circumstàncies que suposen la no execució de l'expulsió (interès superior del nen, vida familiar, estat de salut, ser titular d'un permís de residència vàlid o estar pendent de la renovació d'un permís en un altre Estat membre o raons humanitàries) no poden ser considerades, en sentit contrari, com a agreujants quan no concorrin en la persona estrangera.

²⁰Aquesta qüestió s'analitza en les sentències de la Sala del Contenciós de 5 de juny, núm. 735/2023 (Roj: 2636/2023).

²¹Sentència de la Sala del Contenciós de 4 de setembre, núm. 1107/2023 (Roj: STS 3612/2023).



4. PERSECUCIÓ PER RAONS POLÍTIQUES

En aquests mesos la qüestió de la persecució per raons polítiques ha estat analitzada específicament pels tribunals europeus, amb base en dos casos de cer interès per al nostre àmbit d'estudi. D'una banda, el TJUE ha obligat a establir una interpretació àmplia per als criteris d'aplicació de les opinions, idees i creences com a motiu de persecució, i d'altra banda, el TEDH s'ha tornat a pronunciar sobre la pertinència d'estudiar els riscos de persecució política per a no procedir a l'execució d'una ordre d'expulsió, en ambdues ocasions en relació amb la posició que estan desenvolupant les autoritats dels Països Baixos sobre la matèria.

En particular, sembla més rellevant la sentència del TJUE. Es tracta, concretament, de la sentència de la Sala Tercera de 21 de setembre de 2023, en el cas S.A i Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie¹. La sentència té el seu origen en la petició de decisió prejudicial del Consell d'Estat neerlandès davant del cas de dos ciutadans sudanesos als quals se li havia denegat la sol·licitud de protecció internacional als Països Baixos.

La sol·licitud estava fonamentada en l'opinió política dels sol·licitants. En aquest sentit, la referència normativa es realitza a la Directiva 2011/95, concretament al seu article 10.1 lletra e), en el qual s'estableix com a motiu de persecució l'opinió política, la qual comprèn les opinions, idees o creences sobre un assumpte relacionat amb l'Estat o els partits o les organitzacions que controlen l'Estat, fins i tot quan la persona no hagi obrat d'acord amb aquestes opinions, idees o creences. No obstant això, el Servei d'Immigració i Naturalització havia desenvolupat una línia interpretativa en què prenia en consideració si les opinions polítiques eren fonamentals, és a dir, si eren particularment importants per conservar-ne la identitat o la consciència. A més, introdueix altres criteris d'anàlisi com la forma de manifestació de llurs idees, l'existència de problemes anteriors i la previsió que aquestes manifestacions hagin arribat a coneixement de les autoritats de l'Estat d'origen, i si això podria generar actes de persecució contra aquestes persones.

Concretament, en el cas analitzat, les persones afectades havien desenvolupat als Països Baixos activitats polítiques de suport a organitzacions d'oposició al règim sudanès i havien expressat posicions crítiques respecte a la situació política del seu país i en defensa dels drets humans. Tot i això, les seves sol·licituds de protecció internacional van ser refusades per considerar-se que les activitats polítiques exercides per

ambdós no eren el resultat d'opinions polítiques fonamentals. Davant d'aquesta contradicció, aplicada específicament en la situació d'aquestes persones sudaneses sol·licitants de protecció internacional, el Consell d'Estat neerlandès plantejà la qüestió prejudicial al TJUE per a que es posicionés sobre la interpretació de l'esmentat article 10.1.e) i la seva compatibilitat amb la interpretació restrictiva que havien anat donant les autoritats migratòries dels Països Baixos.

El TJUE retreu la visió de les autoritats neerlandeses i posa en relleu que l'apartat 2 de l'art. 10 de la Directiva 2011/95 exigeix que el concepte d'opinions polítiques s'interpreti de forma àmplia. Per a això, recorda que l'article 10.1.e) de la Directiva 2011/95 utilitza l'expressió "en particular" i incorpora, junt al concepte "opinions", les idees i les creences.

El TJUE distingeix, de fet, entre els supòsits de persecució per motius vinculats a la religió, els quals es vinculen a l'article 10.1 de la CDFUE, i els supòsits de persecució per motius polítics, que entronquen amb la llibertat d'expressió garantida a l'article 11 de la Carta. Finalment, tampoc no resulten aplicables a les opinions polítiques els criteris restrictius plantejats a la lletra d) de l'article 10.1 de la Directiva 2011/95 que exigeixen que la "característica o creença resulti tan fonamental per a llur identitat o consciència que no se'ls pot exigir que renunciïn a ella", però que es limiten únicament als supòsits de persecució per pertinència a grup social.

El TJUE planteja una dicotomia. Per a considerar el caràcter fundat del temor d'un sol·licitant a ésser perseguit per les seves opinions polítiques cal que aquestes opinions o les activitats per a la seva promoció hagin suscitat o puguin suscitar l'interès dels agents de persecució. No obstant això, aquesta exigència no arriba al nivell que el grau de convicció esdevingui impossible.

En aquest extrem, el Tribunal postula que l'avaluació del caràcter fundat del temor d'un sol·licitant a ser perseguit per les seves opinions polítiques requereix que el grau de convicció d'aquestes o el possible exercici d'activitats encaminades a promoure aquestes opinions hagi suscitat o pugui suscitar en el futur, l'interès negatiu dels agents potencials de persecució. Això no obstant, això no s'eleva fins al punt d'exigir que aquestes opinions estiguin tan arrelades al sol·licitant que, en cas de retorn al seu país d'origen, no es pugui abstenir de manifestar-les.

¹OSA i Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie: Case C-151/22; ECLI:EU:C:2023:688.

En definitiva, la posició que venien adoptant les autoritats neerlandeses es considera inadequada i el TJUE entén que és necessari que les opinions polítiques tinguin cert nivell de rellevància per a despertar l'interès de l'Estat d'origen per a llur repressió, però, amb bon criteri, no arriba al punt d'exigir la ineludible defensa pública d'aquelles opinions polítiques. Quelcom contrari hauria estat exigir comportaments heroics o temeraris en relació amb la pròpia seguretat per part del subjecte implicat. És, sens dubte, una sentència interessant en quant que redueix el risc que el subjecte ha d'assumir per a ser considerat perseguible.

També sobre la qüestió de la persecució per opinions polítiques, però des d'una perspectiva totalment diferent, ha de fer-se referència a la sentència del TEDH de 24 d'octubre de 2023, al cas A.M.A contra els Països Baixos.

En aquest cas, es tractava d'un nacional de Bahrain que va sol·licitar asil als Països Baixos, atès el temor de ser perseguit per les autoritats bahraïnes degut a la seva activitat política com a membre d'un grup revolucionari que publicava articles contra el règim de Bahrain a les xarxes socials. Nogensmenys, la seva sol·licitud va ser refusada tant per l'Administració

neerlandesa com pels tribunals. Aquesta denegació va donar lloc a un procediment de repatriació, però el dia previ a ser expulsat va tornar a presentar una nova sol·licitud d'asil, la qual va ser inadmesa a tràmit, per la qual cosa el subjecte va ser expulsat. En arribar a Bahrain es van confirmar els seus temors i va ser arrestat.

La denúncia davant del TEDH planteja la vulneració de l'art. 3, consistent en la prohibició del tracte inhumà i degradant, tant des del punt de vista formal com material, i de l'art. 13, atesa l'absència de remeis eficaços per a evitar l'expulsió per a defugir l'expulsió després de la darrera demanda d'asil. No obstant, el TEDH no considera l'existència de vulneració substantiva de l'art. 3, sinó únicament procedimental per no haver analitzat convenientment les al·legacions del recurrent en la sol·licitud d'asil tardia. Això propicia que el TEDH refusi entrar a valorar la vulneració de l'art. 13.

En aquest sentit, es posa de relleu la tendència del TEDH de centrar-se en les qüestions procedimentals i no entrar a analitzar les qüestions de fons, tot i que els fets van constatar que el recurrent va patir la persecució que temia quan va interposar la sol·licitud d'asil.



5. L'ACOLLIDA PER A MENORS ESTRANGERS

En aquests mesos el TEDH s'ha pronunciat, de nou, sobre una qüestió en la qual la seva jurisprudència comença a ser abundant. Es tracta de la situació dels menors estrangers. Concretament, el 31 d'agost de 2023 va publicar la sentència al cas M.A contra Itàlia.

Ja en altres ocasions el TEDH s'ha pronunciat sobre la situació de menors ubicats al centre d'adults. En la majoria dels casos, el TEDH ha analitzat la situació de menors estrangers privats de llibertat juntament amb els seus familiars en centres d'internament d'adults². En quant a la situació dels menors no acompanyats en centres d'adults, les sentències més rellevants són Mubilanzila Mayeka i Kaniki Mitunga contra Bèlgica, de 12 d'octubre de 2006, i Darobe i Camara contra Itàlia, de 21 de juliol de 2022.

En tots aquests casos, el TEDH ha posat en relleu l'extrema vulnerabilitat general dels menors que suposa un factor decisiu i que ha d'ésser tingut en compte per sobre de l'estatut d'irregularitat del propi menor. Això esdevé especialment rellevant quan en el cas en que es constatan elements de vulnerabilitat específica, com ocorria al cas A.B. i altres c. França, per la curta edat del menor (4 anys) i patir aquest una malaltia mental.

En paraules del Tribunal "l'interès dels Estats en evitar els intents de vulnerar la normativa d'immigració no poden privar als menors, especialment si no estan acompanyats de la protecció de les garanties del seu *status*. La protecció dels drets fonamentals i les limitacions imposades pels Estats han d'ésser compatibles" (sentència Mubilanzila Mayeka i Kaniki Mitunga contra Bèlgica, par. 110).

En aquesta línia s'insereix el cas resolt pel TEDH en agost de 2023. La recurrent era una nacional de Ghana que havia arribat a Itàlia per via marítima de forma irregular. Si bé en un primer moment fou acollida en un centre per a menors en Reggio

Calabria, a l'abandonar el mateix i viatjar cap al nord d'Itàlia va ser internada en un Centre de recepció per a adults en Como, en el qual els menors no acompanyats comparteixen espai amb majors d'edat. La recurrent, a més, al·legava haver estat víctima d'abusos sexuals en origen i en trànsit, quelcom corroborat pels informes pericials. Tot i això, va romandre en aquell centre d'adults durant vuit mesos. No obstant, uns mesos després se li va concedir protecció internacional, entre altres raons, per haver estat víctima de matrimoni forçat i abusos sexuals en Ghana.

En tot cas, la qüestió davant del Tribunal d'Estrasburg se centra en les condicions en les quals la recurrent es trobava durant la seva estada en el centre d'adults de Como. Considera que la falta de privacitat i de separació respecte als adults, així com les qüestions de seguretat, no eren apropiades per a llur situació de vulnerabilitat derivada de ser menor no acompanyada i, a més, víctima de violència sexual. Per això, entén que s'ha produït una vulneració de l'art. 3 del Conveni, per considerar que durant aquest període va rebre un tracte inhumà.

El TEDH li dona la raó a la recurrent i condemna a Itàlia per vulneració de l'art. 3. Per a això, posa de relleu dos elements essencials. D'una banda, s'indicaven les condicions del centre que, a més, havien deixat seqüeles psicològiques en la noia. D'altra banda, inclou com a element referencial la inacció de l'Estat italià davant de les continuades sol·licituds per part dels representants de la recurrent que cessés l'estada de la menor en aquell centre.

En aquest sentit, hi ha dues reflexions de la sentència que resulten molt importants. D'una part, el TEDH introdueix com a qüestió principal la vulnerabilitat de la menor, intensificada en aquest cas per la seva condició de víctima de violència sexual. La vulnerabilitat és essencial per a valorar el nivell de gravetat mínima del tracte inhumà per a considerar-lo contrari a l'article 3 del Conveni.

²Sentències Mahmundi i altres contra Grècia, de 31 de juliol de 2012, Tarakhel contra Suïssa, de 4 de novembre de 2014, o AB i altres contra França de 12 de juliol de 2016.

Pel que fa a això, s'ha d'incidir en els arguments presentats en defensa del govern italià que van al·legar que la menor havia iniciat una relació sentimental amb un altre menor del centre, quelcom que, d'acord amb la seva versió, indicava que la situació de la recurrent al Centre d'adults de Com no era, ni molt menys, de la gravetat necessària per donar lloc a l'aplicació de l'article 3.

El TEDH descarta aquesta suposició que fa el Govern italià, encara que sense utilitzar els nombrosos estudis existents sobre el paper que les relacions afectives juguen com a vehicle de seguretat i confiança per als que pateixen situacions traumàtiques o posttraumàtiques. En tot cas, el que sí que fa el Tribunal és establir una exigència clara en situacions de vulnerabilitat com la del cas de referència, atès que indica

que en aquest tipus de supòsits “les autoritats han de mostrar especial vigilància... i han de brindar-los una major protecció, ja que la seva capacitat o voluntat de presentar una denúncia sovint es veurà afectada” (sentència M.A. contra Itàlia, per a 38).

Per tant, aquesta sentència ve a reforçar la línia jurisprudencial del TEDH en relació amb els menors estrangers, la qual exigeix una especial atenció per part dels Estats pel que fa a les condicions dels llocs on són internats o acollits. En aquest sentit, l'existència de dotacions adequades per als menors i la separació d'adults, en el cas dels menors no acompanyats, resulta essencial i es fa imprescindible quan concorren circumstàncies concretes de vulnerabilitat en el menor concret.



**6. LA SITUACIÓ DELS SOL·LICITANTS
D'ASIL A L'ESPERA DE LA RESOLUCIÓ
DEL RECURS CONTRA LA DENEGACIÓ.
L'ADOPCIÓ EN ESPANYA DE LA
SENTÈNCIA GNANDI.**

Una de les qüestions que ha generat un notable debat jurídic als darrers mesos és la situació dels sol·licitants d'asil, als quals ha estat denegada la sol·licitud, però han presentat el corresponent recurs contra la denegació.

Aquesta problemàtica s'ha desplegat en diferents àmbits. Un d'ells és el relatiu al respecte al principi de no devolució. Al seu moment, Espanya fou condemnada pel TEDH per vulnerar l'art. 13, en combinació amb els articles 2 i 3 del Conveni al mancar de recurs contenciós-administratiu contra la denegació de la sol·licitud d'asil d'efecte suspensiu automàtic als casos en que la persona recurrent alegava riscos per a la integritat física en el cas de ser retornat³.

Uns anys després, el TJUE va tornar a ser interpel·lat sobre els efectes d'una denegació de la sol·licitud de protecció internacional i la possibilitat de dictar una resolució de retorn, d'acord amb la Directiva 2008/115, a una persona a la qual se li havia denegat l'esmentada sol·licitud de protecció internacional. Es tractava de la situació d'un ciutadà togolès al qual el Comissari general de refugiats i apàtrides li havia denegat la sol·licitud de protecció internacional, i contra el qual l'Oficina d'estrangeria havia dictat una decisió de retorn, tot i haver presentat un recurs contra la denegació⁴.

En la sentència Gnandi⁵ el TJUE va resoldre aquesta qüestió d'una forma bastant particular. En efecte, d'una banda va assenyalar que res obstava a que es dictés una decisió de retorn contra una persona a la qual se li havia denegat la sol·licitud de protecció internacional, malgrat haver presentat el recurs. Nogensmenys, d'altra banda va matisar que era necessari que l'Estat membre suspengués tots els efectes jurídics de la decisió de retorn a l'espera del resultat del recurs i que pogués beneficiar-se durant aquell període dels drets que es deriven de la Directiva d'acollida dels sol·licitants d'asil⁶.

Per tant, en aquella sentència el TJUE va anar un pas més enllà i no sols va establir la prohibició que s'executés la decisió de retorn en tant que estigués pendent el recurs contenciós-administratiu contra la denegació de la protecció internacional, sinó que exigí que durant la pendència del recurs contra la denegació es mantingués el nivell d'acollida que s'estableix en la Directiva d'acollida.

Aquesta doctrina del TJUE marcada per la sentència Gnandi ha donat lloc a una multitud de sentències dictades pel Tribunal Suprem en les darreries⁷. Totes aquestes sentències responen a recursos contra interlocutòries de l'Audiència Nacional en virtut de les quals es deneguen mesures cautelars sol·licitades en procediments principals que versen sobre les corresponents denegacions de les sol·licituds de protecció internacional.

En aquest sentit, moltes de les sentències no entren en la qüestió al considerar el Tribunal Suprem que ha desaparegut l'objecte dels recursos, atès que al moment de la sentència del Tribunal Suprem, l'Audiència Nacional ja s'havia pronunciat sobre el fons dels recursos contenciosos. No obstant, en aquelles en les que el Tribunal Suprem analitza els arguments dels recurrents és clar a l'exigir que s'estableixin unes condicions per a la determinació de l'adopció de mesures cautelars en relació amb els procediments judicials de protecció internacional.

Així les coses, el Tribunal Suprem recorda la sentència Gnandi per a indicar que resulta d'aplicació l'art. 6.5 de la Directiva 2013/32 i, per tant, s'ha de garantir que la persona sol·licitant d'asil romangui a territori espanyol fins que hagi expirat el termini dintre del qual puguin exercir el seu dret a un recurs efectiu i, quan s'hagi exercitat aquest dret en termini, mentre s'espera el resultat del recurs.

³Sentència del TEDH (sala Tercera) de 22 d'abril de 2014, en el cas A.C i altres contra Espanya.

⁴Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea, de 30 de maig de 2013, C-534/11, cas Arslan, par.48. Sobre aquest particular es profunditzarà en informes posteriors arran de la situació generada a l'aeroport de Barajas amb les persones sol·licitants d'asil en la zona internacional de l'aeroport.

⁵Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea, de 19 de juny de 2018, C-181/16, cas Gnandi

⁶En aquell moment, la Directiva 2003/9/CE, de 27 de gener de 2003, per la qual s'aproven normes mínimes per a l'acollida dels sol·licitants d'asil als Estats membres i, actualment, la Directiva 2013/32/UE.

⁷Es tracta de les sentències de la Sala de lo Contenciós-Administratiu del Tribunal Suprem amb els següents nombres: 1.214/2023; núm. 1.250/2023; 1.269/2023; 1.270/2023; 1.289/2023; 1.297/2023; 1.299/2023; 1.300/2023; 1.301/2023; 1.302/2023; 1.312/2023; 1.319/2023; 1.323/2023; 1.324/2023; 1.334/2023; 1.346/2023; 1.357/2023; 1.358/2023; 1.359/2023; 1.406/2023; 1.498/2023 i 1.521/2023.

A aquest respecte, algunes interlocutòries de l'Audiència Nacional recorregudes incidien en que una interpretació massa àmplia d'aquesta posició convertiria el paper de la justícia cautelar en un automatisme. El Tribunal Suprem, no obstant, recorda que l'apartat 6è contempla un seguit de supòsits en que l'òrgan jurisdiccional podrà decidir si correspon o no la permanència en territori espanyol del sol·licitant de protecció internacional. En aquest sentit, recorda que, en quant supòsits d'excepció a la regla general, han d'ésser d'interpretació estricta.

En conseqüència, l'efecte directe de la Directiva 2013/32 provoca que la regla general per als supòsits de mesures cautelars als recursos per denegació de la sol·licitud de protecció interna-

cional ha de ser llur concessió. Però, a més, la permanència en territori nacional mentre es resolgui el recurs, tant per l'aplicació de l'article 46.5 de la Directiva 2013/32/UE com pels articles 129 i següents, implica reconèixer al recurrent el dret a l'accés al mercat de treball – ex art. 15.3 de la Directiva 2013/32/UE – i per tant el dret a documentar-se per a aquest. I, coherentment amb això, l'autorització per a residir en Espanya i treballar.

És a dir, el Tribunal Suprem, en aquests casos, determina el dret del sol·licitant d'asil al qual se li hagi denegat la sol·licitud, però que ha presentat un recurs contra la mateixa, a romandre en Espanya durant la tramitació d'un recurs jurisdiccional amb les condicions d'acollida previstes a la Directiva 2012/32, en definitiva, a mantenir llur estatut de sol·licitant d'asil.

²⁰Aquesta qüestió s'analitza en les sentències de la Sala del Contenciós de 5 de juny, núm. 735/2023 (Roj: 2636/2023).

²¹Sentència de la Sala del Contenciós de 4 de setembre, núm. 1107/2023 (Roj: STS 3612/2023).



7. L'EXPULSIÓ DE ESTRANGERS MENORS A CEUTA: REGULACIÓ ACTUAL I LA STS 86/2024

REGULACIÓ DEL RÈGIM DE MENORS ESTRANGERS A ESPANYA

Resulta coneguda l'especial protecció del menor en tots els àmbits de l'ordenament jurídic, atesa la seva especial vulnerabilitat. Des de la Declaració Universal dels Drets Humans de 1948, fins a la Convenció sobre els Drets de l'Infant de 1989, tots els ordenaments jurídics democràtics han tractat de salvaguardar la integritat física i psicològica i el ple desenvolupament de la personalitat de l'infant, consagrant el principi internacional de l'interès superior del menor.

L'ordenament jurídic espanyol no és cap excepció en aquest sentit. Particularment, la Llei Orgànica 4/2000, de Drets i Llibertats dels Estrangers i la seva Integració Social (en endavant, LODILE), així com el RD 557/2011, que desenvolupa l'esmentada llei, contempnen un règim diferenciat pel que fa a la gestió de la immigració quan les persones immigrades són menors. Les raons són evidents: l'especial vulnerabilitat d'aquests, i la necessitat d'un marc jurídic que els protegeixi degudament, tenint en compte les seves específiques dificultats pedagògiques, socials, econòmiques, lingüístiques...

En primer lloc, la LODILE preveu a l'article 35 la promoció d'acords internacionals amb tercers països que afavoreixin la prevenció, protecció i retorn dels menors no acompanyats. Una previsió que pot comportar problemàtiques relacionades amb el respecte als Drets Humans al país de retorn, i que no pot servir per a prescindir de garanties procedimentals que determinin si el menor pot resultar sol·licitant d'asil, o si pot arribar a trobar-se en risc al país d'origen.

Aquest tipus d'acord és el convingut entre Espanya i Marroc al 2007. En aquest, s'inclouen mesures de prevenció, protecció i retorn, així com la constitució d'un Comitè de Seguiment, la missió del qual rau en analitzar i avaluar les mesures esmentades. Finalment, es contempla la via diplomàtica com a mecanisme de resolució de possibles conflictes entre els Estats.

Especial atenció, pel que fa a la temàtica que ara analitzem, mereixen les accions previstes a l'Acord en matèria de retorn, previstes a l'article 5. El precepte exigeix una estricta observança, per part de les autoritats espanyoles, de la legislació espanyola i els principis i normes del dret internacional, per a decidir si el menor ha de retornar al país d'origen, és a dir, al Marroc. D'altra banda, s'estipula la creació d'un dispositiu d'acollida al país africà amb suficients recursos humans i materials, per a atendre les necessitats del menor.

Doncs bé, tant la Llei d'estrangeria com el seu Reglament exigeixen un procediment individualitzat per a decidir si el menor ha d'ésser retornat, amb especial atenció a l'audiència del menor si compta amb la maduresa suficient i la intervenció del Ministeri Fiscal. Això vol dir que totes les operacions efectuades entre l'Estat espanyol i el marroquí per a repatriar a menors en el marc de l'Acord del 2007 han de respectar el procediment establert tant a la Llei d'estrangeria com al Reglament, així com principis fonamentals del dret internacional com el *non-refoulement*.

REGULACIÓ DEL RÈGIM DE MENORS ESTRANGERS A ESPANYA

Antecedents de fet i qüestió litigiosa

Així les coses, el Tribunal Suprem ha resolt una demanda contra l'Estat espanyol per diferents devolucions de menors estrangers al Marroc, efectuada per agents policials espanyols durant el mes d'agost de 2021.

La sentència que dirimeix aquestes actuacions és la nº 86/2024, de 22 de gener de 2024. En aquesta, es relaten els següents fets objecte de litigi: Els dies 17 i 18 de maig de 2021, durant una crisi diplomàtica amb el Marroc, va produir-se una entrada massiva i il·legal d'aproximadament 12.000 persones en la ciutat de Ceuta. D'aquestes, unes 1.500 resultaven menors

d'edat. Aquests menors van ser allotjats en diferents instal·lacions habilitades, i van restar provisionalment sota la guarda de l'Administració autonòmica ceutí.

Posteriorment, els menors van ser retornats en grups de vàries desenes de persones durant el mes d'agost. No consta que les autoritats espanyoles realitzessin cap tràmit o diligència sobre el retorn, sinó que únicament van prendre nota del nombre dels menors retornats. Arran dels fets esmentats, l'associació "Coordinadora de Barrios para el Seguimiento de Jóvenes y Menores", actuant en nom propi i el de vuit dels menors retornats, va interposar recurs contenciós-administratiu pel procediment especial de vulneració de drets fonamentals.

El recurs fou estimat per sentència del Jutjat Contenciós-administratiu nº 1 de Ceuta de 14 de febrer. La sentència rebutja una vulneració de la llibertat deambulatòria i de la tutela judicial efectiva, però estima existent la conculcació de la integritat física i moral, amb base en la manca d'incoació de procediment exigida per la llei

d'estrangeria, contravenint l'art. 35 de la LODILE i el 191 i seg. Del RD 557/2011. L'actuació al marge d'aquests preceptes va constituir una via de fet, sense realitzar cap ponderació de la situació i els interessos dels menors, quelcom que va determinar una injustificada posada en risc de la integritat física i moral dels menors (art. 15 CE).

L'Advocat de l'Estat i el Lletrat de la Ciutat Autònoma de Ceuta van interposar recurs de cassació contra la decisió. En aquest, destaquen el caràcter excepcionalment greu de "l'allau humana" que es va donar els dies 17 i 18 de maig de 2021, així com l'extraordinària gestió que va suposar per a les autoritats espanyoles. També s'allega que l'Acord bilateral de 2007 constitueix normativa incorporada a l'ordenament jurídic espanyol, i per tant resulta d'obligat compliment, resultant així mateix d'aplicació directa. D'altra banda, s'argüeix que els menors van retornar voluntàriament, que es va pactar un procediment específic ateses les circumstàncies excepcionals, i que els menors no han arribat a patir un dany real i efectiu a la seva integritat física i moral.

Raonament jurídic del Tribunal

La Sala constata l'extraordinària situació que es va viure els dies 17 i 18 de maig de 2021. Això no obstant, la gravetat d'aquell moment no pot resultar la mateixa que durant els següents tres mesos, particularment pel que fa a la gestió de la situació dels menors i el seu retorn. Resulta un fet acreditat que les autoritats no van incoar cap procediment administratiu durant aquell període. És a dir, el caràcter excepcional de la situació no justifica la passivitat de l'Administració durant un termini tan llarg com el de tres mesos.

Per al Tribunal, resulta indubtable que l'Acord de 6 de març de 2007 forma part de l'ordenament jurídic espanyol. Tanmateix, l'objecte de discussió se centra en la suficiència de l'esmentat tractat per a emparar la decisió de retorn dels menors al Marroc, o si s'hauria d'haver respectat el procediment de l'art. 35 de la LO 4/2000 i art. 191 i següents del RD 557/2011, consistent en un procediment administratiu individualitzat, en el que es recaptés informació sobre la situació de l'afectat, amb audiència del mateix si compta amb la suficient capacitat natural i la intervenció del Ministeri Fiscal. El Tribunal declara que l'Acord no és fonament normatiu suficient, ja que no contempla cap tràmit ni requisit procedimental. Segons l'Alt Tribunal: “[...] *como en cualquier otra actuación administrativa, máxime si puede afectar a los derechos fundamentales de las personas, las autoridades españolas deben encauzar su actuación a través del correspondiente trámite administrativo, como garantía de la legalidad y el acierto de su decisión y como salvaguardia de los intereses de los afectados* (F.J 7è)”.

Segons l'Alt Tribunal, la observança estricta que preveu el propi article 5 de l'Acord fa referència a la Llei d'estrangeria i llur reglament en matèria de menors, al constatar que no hi ha cap altra normativa específica per a gestionar els supòsits d'entrada “massiva” i irregular d'immigrants al territori espanyol.

L'absoluta inobservança de tràmits procedimentals individualitzats per a cada menor comporta una altra conseqüència jurídica: la contravenció de l'article 4 del protocol 4 de la Convenció Europea dels Drets Humans, que prohibeix taxativament les expulsions col·lectives d'estrangers.

El Tribunal recorda que el Protocol forma part de l'ordenament jurídic espanyol, per tant és d'obligat compliment. D'altra banda, no cap al·legar que es van produir els retorns en grups de poques persones, ja aquestes que van produir-se indiscriminadament i sense respectar l'esmentat expedient individualitzat.

Acte seguit, procedeix el Tribunal a examinar si la via de fet que van dur a terme les autoritats espanyoles constitueix una vulneració de l'art. 15 de la Constitució Espanyola, el qual reconeix el dret fonamental a la integritat física i moral. Cal destacar, com el Ministeri Fiscal ha exposat, que la integritat física i moral no solament es vulnera quan la persona resulta efectivament lesionada, sinó també quan corre el seriós risc de patir un sofriment corporal o psíquic. Precisament va incórrer en aquesta actuació l'Administració al present cas, al no examinar individualment les circumstàncies de cada menor al seu retorn al Marroc, sense atendre al seu interès o necessitats.

En conseqüència, el Tribunal Suprem acaba determinant que el retorn dels menors no acompanyats en situació il·legal a Espanya no pot basar-se exclusivament en l'Acord entre el Regne d'Espanya i el Regne del Marroc, de 6 de març del 2007, sinó que haurà d'ajustar-se també a la legislació espanyola, pel que fa a les garanties procedimentals, particularment a la Llei d'estrangeria i el seu corresponent reglament. Atès l'anterior, es desestima el recurs de cassació i es manté la condemna a l'Estat espanyol per una vulneració de l'art. 15 CE, de l'art. 35 LO 4/2000 i dels art. 191 i següents del RD 557/2011.

Aquesta decisió suposa un avanç en el compliment de la legalitat per part de l'Estat en matèria de protecció als estrangers, malgrat que trobem no es troba més remissió a l'ordenament internacional que l'esment de l'art. 4 del Protocol nº 4 del CEDH. Es troba a faltar especialment referències al Conveni de Ginebra de 1951 i el principi de no-devolució, però potser es tracta d'una qüestió més processal, per falta d'al·legació per part de la representació dels menors.



**8. LA VIOLÈNCIA DE GÈNERE COM A
MOTIU DE PERSECUCIÓ I PROTECCIÓ
INTERNACIONAL: STJUE CAS "WS
CONTRA INTERVYUIRASHT ORGAN
NA DARZHAVNA" (ASSUMPTE
C-621/21, DE 16 DE GENER)**

SITUACIÓ JURÍDICA INTERNACIONAL CONTRA LA VIOLÈNCIA DE GÈNERE

La violència de gènere resulta un fet que ultrapassa tota frontera i des de fa segles ha esdevingut un problema internacionalment reconegut. En conseqüència, ens trobem diferents instruments internacionals que pretenen donar resposta a aquesta situació: la Convenció sobre l'Estatut dels Refugiats, fet a de Ginebra al 28 de juliol de 1951; la Convenció sobre l'Eliminació de Totes les Discriminacions contra la Dona, feta el 18 de desembre de 1979; el Conveni del Consell d'Europa sobre prevenció i lluita contra la violència contra les dones i la violència domèstica, fet l'11 de maig de 2011...

Tots aquests Tractats, juntament amb normativa comunitària com la Directiva 2011/95/UE, o la Directiva 2013/32/UE, han configurat un sistema de protecció als refugiats i persones en situació de persecució o risc, per a col·lectius especialment vulnerables.

En aquest cas, la pregunta que ha de resoldre el TJUE és la següent: resulta el col·lectiu femení, en quant portador d'un gènere, suficientment específic i diferenciat per a reconèixer-se com a grup social? Recordem que, en principi, el concepte de refugiat, atenent a la Convenció de Ginebra, solament abasta a aquells col·lectius perseguits per raó de raça, nacionalitat, religió, pertinença a un grup social o idees polítiques. Precisament la identificació del gènere com a grup social permetria acollir-se a l'estatut del refugiat per una situació generalitzada de persecució i violència de gènere.

ANTECEDENTS DEL CAS I QÜESTIONS PREJUDICIALS

WS és una nacional turca, d'origen kurd, de confessió musulmana sunita i divorciada. Al juny de 2018 va abandonar Turquia per a dirigir-se a Bulgària i posteriorment a Alemanya. Finalment, l'Estat búlgar va acceptar fer-se responsable de la seva sol·licitud de protecció internacional.

En les entrevistes celebrades amb WS, va declarar haver tingut problemes amb el seu antic marit, amb el qual, segons afirma, fou obligada a cassar-se a l'any 2010. Després de nombrosos episodis de violència i amenaces proferides tant pel seu marit com per la seva família, va accedir a centres de prevenció de violència, i posteriorment va decidir fugir de la seva llar.

L' "Agència Nacional pels Refugiats" (en búlgar, DAB) va desestimar la sol·licitud de protecció internacional, considerant que no reunia els requisits exigits per a la concessió de l'estatut del refugiat, atès que els motius establerts per a la consideració de refugiat (raça, religió, nacionalitat, opinions polítiques o pertinença a un grup social) no subsumien la persecució per raó de gènere. Finalment, la DAB va al·legar també que WS no havia declarat haver estat perseguida per raó de gènere. Tampoc van concedir-li la protecció subsidiària, ja que ni les autoritats oficials ni grups determinats perseguen a la sol·licitant. En via judicial el resultat no va canviar, sinó que van desestimar novament la sol·licitud per part del Tribunal Suprem de Bulgària.

WS va tornar a sol·licitar la protecció internacional, aportant noves proves escrites relatives a la seva situació personal i la falta de protecció de Turquia. WS al·lega la seva pertinença a un grup social concret, el de les dones que han patit violència domèstica i el de les dones que poden ser víctimes de crims d'honor per agents no estatals, sense que l'Estat turc pugui protegir-les. D'altra banda, afirma que no pot ser tornada a Turquia, ja que preveu que el seu antic marit podria matar-la o ser obligada a casar-se novament. S'al·lega com a nova prova la retirada de Turquia del Conveni d'Istanbul, i dos nous informes sobre la situació dels drets de les dones a Turquia.

Davant d'aquestes noves circumstàncies, el Tribunal Contenciós-administratiu de Sofia va decidir suspendre el procediment i plantejar al TJUE les següents qüestions prejudicials: s'han d'aplicar els conceptes i

definicions de la CEDAW (Convenció d'Eliminació de totes les formes de Discriminació contra la Dona) i el Conveni d'Istanbul (contra la Violència de Gènere) per a definir la violència contra la dona per raó de gènere, o bé aquesta, com a motiu de concessió de protecció internacional, té un significat autònom a la Directiva europea? En segon lloc, per a apreciar la pertinença a un grup social com a motiu de persecució, pot basar-se exclusivament en el sexe biològic o el gènere de la persona perseguida? Són els actes de persecució determinants per a la "visibilitat del grup a la societat", és a dir, llur característica distintiva, segons les circumstàncies del país d'origen, o només poden ser considerats com a actes de persecució? I finalment, si la persona sol·licitant invoca violència per raó de gènere a l'àmbit domèstic, constitueix el sexe biològic o el gènere motiu suficient per a establir la pertinença a un grup social?

RAONAMENT JURÍDIC DEL TRIBUNAL

En contestació a aquestes preguntes, el Tribunal de Justícia de la Unió Europea comença reconeixent que tant la Directiva 2011/95 com la Convenció de Ginebra no fan referència explícita al gènere, sinó a la pertinença a un grup social determinat, així com el fet que la violència contra les dones per raó de gènere no constitueix, per sí mateix, un motiu de protecció internacional. Això no obstant, el Conveni d'Istanbul i la CEDAW sí preveuen la possibilitat que la violència contra les dones basada en el gènere pugui reconèixer-se com una forma de persecució en el sentit de l'art. 1, secció A, apartat 2 de la Convenció de Ginebra de 1951, i com una forma de dany greu pel que fa a la protecció subsidiària.

Per tant, s'ha de determinar la mesura en que els termes establerts als dos Convenis han de tenir-se en compte a efectes de l'aplicació de la Directiva 2011/95.

A tal efecte, es constata que la Unió Europea no ha ratificat la CEDAW, però tots els Estats membres l'han ratificat. L'Atès n° 17 de la Directiva declara la vinculació dels Estats membres a les obligacions derivades del dret internacional que prohibeixen la discriminació, entre ells la CEDAW. D'altra banda, cal recordar que el Conveni d'Istanbul vincula a la UE des de l'1 d'octubre de 2023, i per tant, amb base a l'art. 78 TFUE, també forma part dels tractats pertinents en virtut dels quals s'ha d'interpretar la Directiva 2011/95.

Seguidament, el Tribunal respon a la pregunta de si el "gènere biològic" de la sol·licitant pot constituir per sí mateix un motiu de pertinença a un grup social, en el sentit de l'art. 10.1.d) de la Directiva. A tal efecte, l'òrgan recorda que els membres d'un grup social, en el sentit de la directiva, han de complir dos requisits acumulatius:

- Compartir una característica innata o uns antecedents comuns que no poden canviar-se;
- La possessió d'una identitat diferenciada al tercer país, sent percebuts com a col·lectiu específic per la societat que els envolta.

Segons el Tribunal, el sexe constitueix una característica innata suficient per a considerar-se pertanyent a un grup social. Les dones que han el·ludit un matrimoni forçós, o que hagin fugit de les seves llars, també comparteixen uns antecedents comuns que no poden canviar-se.

Respecte al segon requisit, declara que les dones poden ser percebudes per la societat que les envolta i se'ls pot reconèixer una identitat diferenciada en aquelles societats, en virtut de les normes socials, morals o jurídiques vigents en aquell país.

La discriminació o persecució patida per persones que comparteixen una característica comú, en aquest cas les dones, pot constituir un factor pertinent per a completar el requisit d'identificació d'un grup social, conforme al que disposa l'art. 10.1.d) de la Directiva 2011/95. Per tant, pot considerar-se que, en aquells països en que les dones estan exposades, per raó de sexe, a actes de violència física o psíquica i sexual o domèstica, aquest col·lectiu se subsumiria en la definició de "grup social" prevista a l'art. 10.1.d) de la Directiva.

Així mateix, pot considerar-se que les dones que rebutjen un matrimoni forçós, quan la pràctica de matrimonis forçosos constitueixi una norma social, o que transgredeixi tal norma posant fi al matrimoni, pertanyen a un grup social amb una identitat diferenciada al seu país d'origen, atès que s'exposen a la reprobació de la societat, exclusió social o violència.

D'altra banda, a efectes de sol·licitar protecció internacional amb base en la pertinença a un determinat grup social, els "fundats temors" a ser perseguida han de comprovar-se per l'Estat membre en que se sol·licita la protecció internacional.

Cal remarcar que el caràcter fundat dels temors s'ha d'evaluar individualment, amb diligència i prudència i en virtut d'una valoració concreta de fets i circumstàncies al seu país d'origen, juntament amb les declaracions, documentació i informació necessària per a determinar si el sol·licitant pot patir persecució o danys greus. Com a elements determinants, l'ACNUR ha destacat

que l'Estat responsable de la sol·licitud ha d'atendre a la posició de les dones davant la llei, els drets polítics, socials i econòmics d'aquestes, les costums culturals i socials del país, la protecció de la que disposen, així com els perills que poden afrontar si retornen al seu país d'origen (Directriu n°1 sobre protecció internacional, punt 36, incís X).

Per tant, a tenor del TJUE les dones d'un país determinat poden considerar-se "grup social" com "motiu de persecució", el qual donarà lloc a la concessió de l'estatut del refugiat, si les circumstàncies imperants del país es demostren suficientment greus per a elles, i podran pertànyer al determinat "grup social" tant el conjunt de dones d'aquell país com grups més reduïts d'aquestes que comparteixin característiques comuns addicionals. Finalment, cal fer incís en l'última qüestió prejudicial, la qual planteja si l'amenaça d'un crim d'honor (assassinat de la dona a mans de la família per embrutar l'honor d'aquesta) en cas de retorn al país d'origen pot justificar la concessió de la protecció subsidiària, en virtut de l'article 15 a) de la Directiva 2011/95, en relació amb l'article 3 del Conveni Europeu de Drets Humans (dret a no patir tortures, tractes inhumans o degradants). El Tribunal afirma que aquesta qüestió serà pertinent en la mesura que no s'accedeixi finalment a l'estatut del refugiat, però hi hagi un risc real de patir "danys greus" si finalment retorna al país d'origen.

En relació amb l'anterior, el TJUE declara que, encara que aquests actes greus contra la dona (crim d'honor) es cometin per agents no estatals, per exemple membres de la família o de la seva comunitat, l'art. 15 a) de la Directiva ha d'interpretar-se de tal mode que es consideri que aquest acte greu, que pot acabar amb la vida de la dona, constitueix també una "execució", ja que és el terme concret que utilitza la Directiva. Això en el cas que el motiu de la persecució escaigui per la transgressió per part de la dona de les normes culturals, religioses o tradicionals imperants al seu país.

En aquest assumpte el Tribunal de Justícia ha marcat una fita en favor de la protecció internacional de les dones, tant per la concessió de l'estatut del refugiat com per a la protecció subsidiària, sent coherent i conscient de la situació de persecució generalitzada que en molts països encara es comet contra el col·lectiu femení. La consideració del conjunt de dones com a grup social pot arribar a possibilitar, en els països sotmesos a la normativa comunitària, un major percentatge d'aprovacions de sol·licituds d'asil per part de dones que fugen del seu país per violència de gènere, particularment si s'allega el cas que acabem d'analitzar.



**9. PRINCIPI DE NO DEVOLUCIÓ I
DRETS HUMANS A L'AFGANISTAN:
LA COMUNICACIÓ N° 1047/2021 DEL
COMITÉ CONTRA LA TORTURA**

LA SITUACIÓ A L'AFGANISTAN I EL SISTEMA UNIVERSAL DE PROTECCIÓ DE DRETS HUMANS

La situació dels Drets Humans a l'Afganistan ha anat en retrocés progressivament als darrers anys. La revolta i ascens al poder dels talibans al 2021 ha instaurat un règim patriarcal i autoritari, on les tortures, les desaparicions forçades i les detencions arbitràries abunden. Malgrat que l'anterior règim, dominat per la influència d'Estats Units i finalitzat amb la revolta talibana, tampoc resultava especialment respectuós amb els drets fonamentals, actualment molts col·lectius, especialment el femení, han patit una repressió molt més severa i una restricció brutal de les seves llibertats més bàsiques.

Tanmateix, encara que el col·lectiu femení, com s'ha dit, sigui clarament el més afectat per la situació a l'Afganistan, no pot obviar-se que altres subjectes pateixen persecucions diàries per raó d'opinions polítiques o creences religioses. El present cas tracta d'un home que va patir abusos, persecucions i violacions de nen per membres dels talibans, degut al seu origen ètnic, fet que el va impulsar a abandonar el seu país i sol·licitar asil a Suècia.

Pel que fa als mecanismes de protecció de l'ONU, cal recordar que el Comitè contra la Tortura no és un òrgan de naturalesa jurisdiccional, administratiu o d'apel·lació sinó de resolució de conflictes d'abast internacional. Ve instituit per la Convenció contra la Tortura i altres Tractes o Penes Cruels, Inhumanes o Degradants, aprovada l'any 1984. Les seves decisions no tenen caràcter vinculant, sinó que actua a través de recomanacions i observacions, tant generals com específiques. Això no obstant, el Comitè també pot demanar a l'Estat membre que adopti les mesures cautelars pertinents per a evitar una violació de la Convenció contra la Tortura.

D'altra banda, altres òrgans de Nacions Unides, com el Consell de Seguretat o el Relator Especial sobre la situació de Drets Humans a l'Afganistan, ja han condemnat al país per les seves extremes restriccions de drets humans, en particular els de les dones. Hem

de recordar que l'ACNUR ha recomptat, a finals de 2022, un nombre de 5,7 milions de refugiats provinents de l'Afganistan. Això comporta certes conseqüències jurídiques o obligacions internacionals de tercers països, especialment en matèria d'asil i no devolució, ja que moltes persones que fugen de l'Afganistan corren un risc real de patir tortures, tractes inhumans o degradants, segrestos, crims d'honor...

Fets i queixa del recurrent

Un cop exposada la situació, el Comitè contra la Tortura enfronta un cas en que l'autor de la comunicació, N.R, és nacional de l'Afganistan, i al 2015 presenta una sol·licitud d'asil a Suècia per temor als talibans i, posteriorment, degut a la seva conversió al cristianisme. La seva sol·licitud ha estat rebutjada. N.R ha acreditat que li van diagnosticar trastorn psíquic per estrès posttraumàtic, ja que afirma que va patir persecució, assetjament i violacions de nen pel seu origen ètnic. Afirma que quan tenia 13 anys va ser segrestat per part dels talibans, amenaçant-lo i violant-lo al mateix temps. Posteriorment el seu pare va desaparèixer, i en aquell moment va decidir la família que N.R havia de fugir del país.

La Direcció General de Migracions va acceptar la versió de N.R sobre els fets, però al seu parer no va poder demostrar-se que eren específicament els talibans el grup que va vulnerar els seus drets. Conseqüentment, va desestimar la sol·licitud de protecció internacional. L'autor afirma que el retorn a la seva ciutat natal el genera vergonya i temor, el qual el provoca estigmatització i aïllament social, exposant-li a patir una violència equivalent a la tortura. No obstant, la Direcció General reafirma la seva expulsió a l'agost del 2018, i al març de 2019 N.R es bateja com a cristià. Després de llur conversió, sol·licita un nou examen de motius d'asil, a la llum de les noves circumstàncies.

N.R va interposar un recurs judicial contra l'expulsió davant del Tribunal Superior de Migracions, el qual també va desestimar la sol·licitud de protecció internacional. Nogensmenys, el president del Tribunal va emetre una opinió dissident en que afirmava que N.R presentava unes conviccions i coneixements vertaderament cristians, i que la seva intenció de viure com a cristià convers a l'Afganistan podia comportar una persecució al seu retorn. A diferència del president, la resta del Tribunal considera que ha transcorregut un període de temps massa

curt per a la seva conversió des de l'expulsió, afirmant la inexistència d'un procés espiritual o mental que el portés a la conversió. En conseqüència, el Tribunal ratifica l'expulsió i la Direcció General de Migracions li emet l'ordre d'abandonar Suècia en un període de 4 setmanes a partir de data en que es comunica la decisió.

L'autor de la comunicació afirma que corre risc de ser torturat i condemnat a mort si se li deporta a l'Afganistan, és a dir, es violarien els drets reconeguts als articles 2 i 3 de la Convenció contra la Tortura. També sosté que la Direcció General de Migracions no ha examinat a fons el risc de que torni a ser perseguit en cas de ser retornat. La conversió al cristianisme, el seu origen ètnic hazara i la falta de seguretat al país resulten els principals riscos per a la seva vida i salut si finalment es retornés a l'Afganistan.

Com a suport argumental, l'autor es remet al cas Q.A contra Suècia, resolt pel Comitè de Drets Humans, en que els motius de persecució van ser considerats pel Comitè conjuntament, i no de manera separada com havien realitzat les autoritats sueques, per a estimar una especial vulnerabilitat i risc en cas d'expulsió de l'autor. D'altra banda, l'autor assegura que resultaria impossible, i contrari a la Convenció Europea de Drets Humans, haver d'ocultar sota coerció les creences religioses a l'Afganistan, en aquest cas el cristianisme.

D'altra banda, l'autor aporta informes que acrediten la persecució de la confessió cristiana a l'Afganistan, en que menys del 0,3% de la població ha confessat professar una religió distinta a l'Islam, per temor a les represàlies, podent arribar la persecució fins a l'assassinat sense posterior investigació judicial.

L'Estat suec, per la seva part, sosté que es va mantenir una vista oral de més de dues hores per a examinar el seu cas i llurs circumstàncies, en presència d'advocat d'ofici i d'un intèrpret, havent escoltat també a un testimoni, pel qual es complirien les garanties suficients per a determinar l'expulsió. En canvi, l'autor de la comunicació replica que aquesta vista no ha resultat suficient per a determinar la seva situació, ja que més de la meitat d'aquell temps el dedica la Direcció General de

Migracions a plantejar preguntes, buscant els punts dèbils i les contradiccions en el discurs del sol·licitant d'asil, donant-li poc temps per a exposar obertament les seves idees i creences íntimes religioses. Solament va donar una justa audiència sobre les seves creences el Tribunal de Migracions, no la Direcció General. L'òrgan administratiu va mantenir una posició preconcebuda àdhuc abans de la celebració de la vista oral, sense objectivitat ni imparcialitat.

Observacions del Comitè

En el present cas, el Comitè anota que l'autor ha presentat un certificat psicològic en el que s'afirma que pateix un trastorn per estrès posttraumàtic degut als mals tractes rebuts a la seva infància. Tant la Direcció General de Migracions com el Tribunal de Migracions confirmen que l'autor ha aportat informació veraç sobre el seu segrest i els abusos. Contràriament a l'Estat membre, l'autor sí considera que sí podia provar-se que els perpetradors d'aquests crims eren talibans, degut a la seva roba i l'aspecte, a més de la coneixença generalitzada de les seves pràctiques a l'Afganistan. El Comitè té en compte que el certificat psicològic no s'ha adduït en via interna, però igualment considera que es pot tenir en compte per a formar la seva consciència sobre el cas. En definitiva, l'autor manté que la seva expulsió comportaria una vulneració de l'article 3 de la Convenció per la posada en risc que suposa la seva devolució a l'Afganistan, exposant-se a tortures.

El Comitè, per tant, ha de resoldre si existeixen raons suficients i fundades per a creure que l'autor podria veure's exposat a tortures al seu retorn a l'Afganistan. Considera en primer lloc que el quadre persistent de violacions manifestes, patents o massives de Drets Humans al país en qüestió s'han de tenir en compte per a determinar-ho. Nogensmenys, també ha d'analitzar el risc personal del subjecte com a particular, i per tant, segons el Comitè, una situació de violacions massives de Drets Humans no constitueix per sí mateixa un motiu suficient per a establir que una persona determinada corre el risc de patir tortures en el cas que el retornin a aquell país.

El Comitè recorda els requisits per a que el risc es consideri previsible, personal, real i present: origen ètnic de l'autor, afiliació o activitats polítiques, detenció o tracte injust o arbitrari, i la tortura prèvia, entre altres.

El Comitè observa que, al moment de presentar la sol·licitud davant de la Direcció General de Migracions, N.R encara no s'havia convertit al cristianisme. No obstant, quan va recórrer la denegació de la sol·licitud d'asil davant del Tribunal de Migracions sí ho havia fet, i l'Estat part ha reconegut que quan es presenten nous fets, el Tribunal pot remetre a la Direcció General una investigació més profunda i detallada per a pronunciar-se però el Tribunal no va realitzar aquesta remissió. Això hagués suposat garanties addicionals com noves vistes orals més extenses i una avaluació més objectiva de la credibilitat de l'autor.

A més, també manté que els riscos als quals s'enfrontava l'autor no es van avaluar suficientment en relació amb la seva experiència passada com a torturat, segrestat i violat per membres dels talibans. L'únic motiu pel qual les autoritats sueques van desestimar el risc era la falta de proves per a demostrar que els perpetradors havien estat els talibans, però la descripció de la roba, de l'aspecte i la situació generalitzada a l'Afganistan aporta, segons el Comitè, una credibilitat global a l'autor de la queixa, sumat a la prova consistent en un certificat psicològic d'estrès posttraumàtic per part d'N.R. degut als mals tractes patits durant la infància. A tenor del Comitè, no resultaria raonable esperar que s'exigís a l'autor proves documentals que establissin la identitat dels responsables com a membres dels talibans. Tanmateix, inclòs si s'identifica a altres persones com a les perpetradores dels fets, això no obstant a que l'autor tornés a patir traumes si se l'obliga a tornar a l'Afganistan.

El Comitè afirma que el perfil de risc d'una persona com l'autor presenta una especial i actual vulnerabilitat, tenint en compte el recent canvi de govern a l'Afganistan, en el que han accedit els talibans al poder. Això degut a la seva identitat ètnica (hazara), els riscos associats a les al·legacions d'abusos i la seva conversió al cristianisme, a més de la situació preexistent de vulneració generalitzada de drets humans.

Per tant, el Comitè considera incompatible amb l'article 3 de la Convenció l'expulsió de l'autor a l'Afganistan, especialment a la llum de les circumstàncies especials d'aquest país. Els factors de risc, a tenor del Comitè, existien en el moment en que tant la Direcció General com el Tribunal van adoptar les respectives decisions.

En virtut de tot l'anteriorment exposat, el Comitè insta a l'Estat part a revisar la sol·licitud d'asil de l'autor, tenint en compte les circumstàncies actuals, especialment la presa del poder dels talibans a l'Afganistan, i les obligacions de l'Estat part en virtut de la Convenció. A més, insta a l'Estat a comunicar les mesures que s'hagin adoptat, en un termini de 90 dies, per a acatar les recomanacions del Comitè.

El Comitè contra la Tortura ha mostrat una visió holística i conseqüent amb la situació internacional en el present cas. No solament ha tingut en compte l'especial risc personal que podia patir l'autor, sinó circumstàncies polítiques i socials que determinen una situació generalitzada de perill, com succeeix a l'Afganistan. En definitiva, exigeix unes garanties jurisdiccionals més elevades a la llum de les circumstàncies de l'autor, el perill que podia patir i la credibilitat del seu discurs.

