

**LÍMITES PERSONALES Y MATERIALES
AL DERECHO DE LOS ESTADOS
A LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS.
UNA VISIÓN DESDE EL DERECHO
INTERNACIONAL PÚBLICO**

**PERSONAL AND MATERIAL LIMITS
ON THE RIGHTS OF THE STATES
TO THE EXPULSION OF ALIENS.
A VIEW FROM THE PUBLIC
INTERNATIONAL LAW**

por **MARÍA DOLORES BOLLO AROCENA***
Profesora Titular de Derecho Internacional Público
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea

* Este trabajo ha sido realizado con cargo a la ayuda del Gobierno Vasco para apoyar las actividades de Grupos de Investigación del Sistema Universitario Vasco, Grupo Consolidado IT 496-10 (IP. Fco. Javier Quel López).

RESUMEN

Cada Estado es libre y soberano para decidir las condiciones de entrada, permanencia y salida de los extranjeros de su propio territorio. Precisamente en relación con la salida, es indudable el derecho del Estado a la expulsión de extranjeros, pero frente a la teoría tradicional en virtud de la cual se trataba de un poder discrecional, no sometido a control, hoy en día resulta indiscutible el carácter limitado del mismo. En efecto, se trata de un derecho que encuentra límites generales inherentes al ordenamiento jurídico internacional, como el principio de *pacta sunt servanda* o la obligación de respetar las normas de *jus cogens*, y límites más concretos derivados de ámbitos específicos de éste, relacionados, por una parte, con la condición de las personas a quienes se pretende expulsar (límites *ratione personae*); relacionados con los derechos que pueden verse afectados como consecuencia de la expulsión (límites *ratione materiae*), por otra; y relacionados, también, con el procedimiento seguido, tanto para adoptar la decisión de expulsión como para proceder a la ejecución de la misma (límites *ratione prosequi*). Como se desprende del título del trabajo, el presente estudio aborda desde una perspectiva iusinternacionalpublicista el análisis de los límites *ratione materiae* y *ratione personae* al derecho de todo Estado a la expulsión de extranjeros.

ABSTRACT

Each State is free and sovereign to decide on foreigners' conditions of entry into, residence in, and departure from its own territory. Precisely in connection with the departure, the right of the State to the expulsion of aliens cannot be doubted, but compared to the traditional theory, by virtue of which it was a discretionary power not subjected to control, now a days the limited character thereof is undisputable. Indeed, it is a right that finds general limits inherent in the international legal system, such as the principle of *pacta sunt servanda* or the obligation to respect the norms *jus cogens*, and more explicit limits derived from areas specific thereof, related, on the one hand, to the condition of the people intended to be expelled (limitations *ratione personae*); related, on the other hand, to the rights that might be affected as a consequence of the expulsion (limitations *ratione materiae*); and also related to the procedure followed, both to make the decision of the expulsion and to execute it (limitations *ratione prosequi*). As it is gathered from the work title, this study deals, from a *ius internacional publicista* perspective, with the analysis of the limitations *ratione materiae* and *ratione personae* on the right of every State to the expulsion of aliens.

Palabras clave: Expulsión de extranjeros, derecho a la vida, derecho a no ser sometido a tortura, derecho a la vida privada y familiar, *non refoulement*, expulsión de apátridas, expulsión colectiva.

Key words: Expulsion of aliens, right to life, right to be free from torture, right to private and family life, *non refoulement*, expulsion of stateless persons, collective expulsion.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LÍMITES PERSONALES
 1. **Prohibición de la expulsión de los nacionales: particular referencia a los dobles nacionales**
 2. **Prohibición de la expulsión y de la devolución de refugiados**
 - A) *Sobre la noción de refugiado a los efectos de expulsión*
 - B) *Alcance de la prohibición de expulsión y de devolución*
 3. **Prohibición de la expulsión de apátridas**
 4. **Prohibición de las expulsiones colectivas**
- III. LÍMITES MATERIALES
 1. **El derecho a la vida y su naturaleza no absoluta: una asignatura aún pendiente**
 2. **Derecho a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes**
 - A) *El carácter absoluto de la norma que prohíbe la tortura y su alcance en el ámbito de la expulsión de extranjeros: protección directa e indirecta*
 - B) *Naturaleza y valoración del riesgo de ser sometido a torturas*
 - C) *Protección frente a torturas provenientes del Estado o de particulares*
 3. **Derecho a la vida privada y familiar**
 - A) *Regulación internacional del derecho a la vida privada y familiar*
 - B) *Alcance de las nociones «vida familiar» y «vida privada» a los efectos de la «expulsión»*
 - C) *Condiciones de legalidad de la injerencia del Estado en la vida privada y familiar bajo la forma de expulsión*
 4. **Derecho a un proceso equitativo**
 5. **El dudoso papel de las garantías diplomáticas ofrecidas por los Estados de destino**
- IV. ALGUNAS PRECISIONES SOBRE EL LUGAR DESDE EL QUE SE EFECTÚA LA EXPULSIÓN Y SUS CONSECUENCIAS
- V. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

El informe preliminar elaborado por el Relator Especial sobre el tema de la expulsión de extranjeros comenzaba recordando que la desconfianza hacia el extranjero y la tentación del ser humano de replegarse sobre sí mismo había sido moneda corriente en la historia de la Humanidad¹. Pues bien, en unos tiempos como los que vivimos, la expulsión de quienes ostentan una nacionalidad distinta a la del Estado en el que se encuentran ha sido y sigue siendo una práctica habitual en todos los continentes. Ello pone de manifiesto la clara contradicción existente entre la desaparición de fronteras en numerosos ámbitos, como consecuencia del proceso de mundialización y globalización, y el alzamiento de las barreras entre Estados con el fin de «seleccionar» y restringir aún más el número de personas que acceden al territorio nacional².

Nadie discute la libertad de cada Estado para decidir libre y soberanamente las condiciones de entrada, permanencia y salida de los extranjeros de su territorio³, y, en lo que afecta al presente estudio, nadie discute el derecho de todo Estado a la expulsión de extranjeros⁴. Sin embargo, frente a la teoría tradicional en virtud de la cual el poder de expulsión era totalmente discrecional y no estaba sometido a control⁵, «hoy en día resulta indiscutible el carácter limitado del mismo. El derecho de expulsión encuentra límites generales inherentes al ordenamiento jurídico internacional, como el principio de *pacta sunt servanda* o la obligación de respetar las normas de *ius cogens*⁶, y límites más concretos derivados de éste, relacionados, por una parte, con la condición de las personas a quienes se pretende expulsar (límites *ratione*

¹ Cfr. *Informe preliminar sobre la expulsión de los extranjeros* presentado por el Sr. Maurice Kamto, Relator Especial, A/CN.4/554, 4 de abril de 2005, p. 2.

² *Ibidem*.

³ Cfr. *Tercer informe del Relator Especial sobre la expulsión de extranjeros*, A/CN.4/581, parágr. 7. Cfr. igualmente la Resolución 65/212 adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 1 de abril de 2011. En la Doctrina, C. PÉREZ GONZÁLEZ, *Migraciones irregulares y Derecho Internacional. Gestión de flujos migratorios, devolución de extranjeros en situación administrativa irregular y Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2012, pp. 21 ss.

⁴ Cfr. sobre el carácter indiscutido del derecho a la expulsión de extranjeros el *Tercer informe del Relator Especial*, *op. cit.*, parágr. 1-23, así como el análisis incluido en el memorando de la Secretaría, A/CN.4/565, parágr. 185-200.

⁵ Suele citarse como ejemplo la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso *Fong Yue Ting v. US*, 149 US 698 (1893), pp. 707 y 711 (citado en el *Tercer Informe del Relator Especial*, *op. cit.*, p. 8).

⁶ *Ibid.*, p. 10.

personae); relacionados con los derechos que pueden verse afectados como consecuencia de la expulsión (límites *ratione materiae*), por otra; y relacionados, también, con el procedimiento seguido, tanto para adoptar la decisión de expulsión como para proceder a la ejecución de la misma (límites *ratione prosequi*). Como se desprende de su título, el presente estudio aborda desde una perspectiva iusinternacionalpublicista el análisis de los límites *ratione materiae* y *ratione personae* al derecho indiscutible de todo Estado a la expulsión de extranjeros.

Antes de continuar quizás sea preciso realizar alguna observación de tipo terminológico, pues son muchas las nociones que se relacionan e incluso confunden con la expulsión: devolución, deportación, expatriación, denegación del permiso de residencia o de su renovación, prohibición de entrada, extradición, entrega, entrega extraordinaria... Y es que, al margen de los supuestos en que un extranjero abandona el territorio nacional por voluntad propia, el abandono obligado del territorio puede obedecer a distintas causas⁷, ya sea porque ha caducado el permiso de residencia para permanecer en el país y éste no le ha sido renovado, o porque, por ejemplo, se ha dictado una sentencia en la que se le exija abandonarlo. Estamos hablando en este caso de personas que se encuentran físicamente dentro del territorio del Estado del que son expulsadas, y en principio lo están de forma legal. En el caso de que hubieran accedido al territorio de forma ilegal, o en los que se encuentren aún en frontera sin documentos que acrediten su derecho de entrada, estaríamos hablando de un supuesto de devolución al Estado del que son nacionales o del que proceden. Por su parte, el término deportación no tiene un contenido unívoco, puesto que en los países anglosajones expulsión y deportación resultan intercambiables, mientras que, por ejemplo, en los países francófonos deportación hace referencia al desplazamiento forzado de población civil al exterior de un territorio ocupado, en el contexto de un conflicto armado. Cuestión distinta es la extradición, pues aun cuando produce como resultado la salida de una persona (sea cual sea su nacionalidad) del territorio, es una manifestación de la cooperación judicial entre Estados y no consecuencia de una decisión unilateral de éstos. Una figura muy cercana es el procedimiento de entrega, ya sea en ejecución de una euro-orden o de una orden proveniente de un tribunal penal internacional⁸. Manifiestamente distintos, y por lo demás, ilegales, son los casos de las denominadas entregas extraordinarias, realizadas al margen de todo procedimiento

⁷ Sobre las causas de la expulsión que obligan al extranjero a abandonar el territorio, cfr. *Informe preparado por la Secretaría*, A/CN.4/565, pp. 198 ss., así como el *Sexto Informe elaborado por el relator Especial*, A/CN.4/625, pp. 28 ss.

⁸ Cfr. sobre la noción de expulsión y sus diferencias con otras figuras en *Memorando de la Secretaría*, A/CN.4/565, 10 de julio de 2006, pp. 59-74. Cfr. igualmente en CHUECA SANCHO, *La expulsión de extranjeros en la Convención Europea de Derechos Humanos*, Egado Editorial, Zaragoza, 1998, pp. 18-20.

con el claro propósito de someter a las personas afectadas a interrogatorio en un Estado en el que se practica la tortura⁹.

En el presente trabajo nos vamos a referir a los límites a la expulsión de un extranjero realizada en cumplimiento de una resolución adoptada conforme a la ley, dejando a un lado otras instituciones abiertamente distintas —como la extradición¹⁰— u otras formas de hacer salir o de enviar a un extranjero a otro Estado, claramente prohibidas por el Derecho internacional y por el derecho interno de los Estados —entregas extraordinarias, expulsiones encubiertas—, pues en tales casos no tendríamos que hablar de límites a dichos modos de actuación sino de su prohibición absoluta. Y es que, como decíamos, las expulsiones deben realizarse en cumplimiento de una resolución adoptada conforme a la ley, en la que deben figurar los motivos en que se funda, respetando la dignidad humana y los derechos del extranjero sometido a expulsión —muy particularmente los que procederemos a analizar más adelante—, sin discriminación alguna, «en particular por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición, o por cualquier otro motivo que no sea admisible en Derecho internacional»¹¹.

II. LÍMITES PERSONALES

1. Prohibición de la expulsión de los nacionales: particular referencia a los dobles nacionales

Toda persona tiene derecho a una nacionalidad y así se reconoce en numerosos instrumentos internacionales de protección de derechos humanos. Sin embargo, corresponde a cada Estado establecer las condiciones de atribución de la nacionalidad y al Derecho Internacional resolver los conflictos que pudieran presentarse en caso de tener varias. Situados en el ámbito de la expulsión de individuos cabría plantear si un Estado tiene derecho a expulsar libremente a sus propios nacionales, o si, por el contrario, existe una norma internacional que impide privar a una persona de su derecho a permanecer en el Estado del

⁹ Cfr., por ejemplo, la sentencia dictada por el TEDH en el caso *El Masri c. Antigua República Yugoslava de Macedonia*, STEDH de 13 de diciembre de 2012.

¹⁰ No obstante, será inevitable referirnos a supuestos de extradición en aquellos casos en los que consideremos que el razonamiento seguido por el órgano jurisdiccional de que se trate o por el órgano de control en un caso de extradición resulte aplicable a un supuesto de expulsión.

¹¹ Cfr. Proyecto de artículo 4 aprobado provisionalmente por el Comité de redacción de la CDI, en *Texto de los proyectos de artículo 1 a 32 aprobados provisionalmente en primera lectura por el Comité de redacción* en el 64.º período de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional, A/CN.4/L.797, 24 de mayo de 2012.

que es nacional o su derecho de regreso. Igualmente cabría plantear cuál es la situación en la que se encuentran quienes tienen dos o más nacionalidades.

Si tomamos como referencia el estudio realizado por el Instituto de Derecho Internacional en 1892 y que llevó por título *Reglas Internacionales sobre la admisión y la expulsión de extranjeros* se podría afirmar que «(e)n principio, un Estado no debe prohibir el acceso o la permanencia en su territorio a sus súbditos»¹². Pues bien, a este espíritu responden más de un siglo después las disposiciones contenidas en los principales tratados internacionales de protección de derechos humanos y en numerosas legislaciones nacionales¹³. Algunos textos internacionales prohíben de forma categórica la expulsión de los propios nacionales: tal sería el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos¹⁴ o del Protocolo n.º 4 al Convenio Europeo de Derechos Humanos¹⁵. Sin embargo, otros textos internacionales admiten matices; así, cabría destacar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, cuyo artículo 12.4 se refiere a la prohibición de impedir «arbitrariamente» a nadie entrar en «su propio país», o la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, cuyo artículo 12.2 se refiere al derecho de todo individuo «a salir de cualquier país, incluido el suyo, y a retornar a su propio país», aunque a continuación reconoce que este derecho «está sujeto a las restricciones estipuladas por la ley para la protección de la seguridad nacional, la ley y el orden, la salud pública y la moral». Ahora bien, lo que es cierto también es que ningún Estado está obligado a recibir en su territorio a un individuo que no sea de su nacionalidad, de modo que la expulsión de los propios nacionales sólo podrá tener lugar en el caso de que exista un tercer Estado dispuesto a admitirlo y mientras esté dispuesto a mantener tal situación.

El Relator Especial para el tema de la Expulsión de extranjeros defendió en el seno de la Comisión de Derecho Internacional, apoyándose en el informe preliminar de la Secretaría, que la prohibición de expulsión afectara no sólo a los nacionales, sino también «a ciertos extranjeros que gozan de un estatuto similar al de los nacionales en virtud de la legislación del Estado de acogida o de sus vínculos con éste»¹⁶; se apoyaba para ello en lo afirmado por el Comité de Derechos Humanos en el caso *Stewart*, cuando entendió que «su propio país» incluye también a ciertas categorías de extranjeros, ciertamente limitadas, tales

¹² Cfr. *Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers*, Instituto de Derecho Internacional, sesión de Ginebra, 1892, resolución de 9 de septiembre de 1892, pp. 218 a 226, citado en Expulsión de Extranjeros. Memorando de la Secretaría, A/CN.4/565, nota 56.

¹³ Cfr. *Informe de la Secretaría*, A/CN.4/565, parágr. 36 y las notas que acompaña.

¹⁴ El artículo 22.5 señala: «Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional ni ser privado del derecho de ingresar en el mismo».

¹⁵ El artículo 3.1 señala: «1. Nadie puede ser expulsado, en virtud de una medida individual o colectiva, del territorio del Estado del cual sea ciudadano. 2. Nadie puede verse privado del derecho de entrar en el territorio del Estado del cual sea ciudadano».

¹⁶ Cfr. *Tercer informe del Relator Especial sobre la expulsión de extranjeros*, op. cit., parágr. 43.

como «nacionales de un país a los que se ha retirado la nacionalidad en violación del Derecho internacional y personas cuyo país de nacionalidad ha sido incorporado o transferido a otra entidad nacional cuya nacionalidad también se les niega», o bien «otras categorías de residentes a largo plazo, en particular, apátridas a quienes se les ha privado arbitrariamente del derecho a adquirir la nacionalidad del país de residencia». A nuestro modo de ver, los casos citados por el Comité de Derechos Humanos son muy precisos y no permiten deducir que cualquier extranjero puede solicitar con éxito el beneficio de la interpretación extensiva de «su propio país» y, en consecuencia, su derecho a no ser expulsado del mismo.

Ahora bien, ¿qué ocurre con las personas que gozan de doble o múltiple nacionalidad? ¿Pueden ser considerados en algún momento como extranjeros por uno de los Estados de los que son nacionales? ¿Qué ocurre si el Estado que pretende la expulsión no es el Estado de nacionalidad efectiva? Pues bien, el cuarto informe preparado por el Relator especial barajó la posibilidad de admitir la expulsión en tal caso, siempre que la misma tuviera lugar hacia el Estado del que también esa persona fuera nacional, particularmente si se tratara del Estado de nacionalidad efectiva o dominante¹⁷. Sin embargo, aunque en los proyectos de artículos aprobados provisionalmente en el seno del Comité de redacción de la CDI se ha omitido cualquier referencia a la prohibición de la expulsión de los nacionales o de los dobles o múltiples nacionales, o de «ciertos extranjeros»¹⁸, la redacción provisional del proyecto de artículo 2 define «extranjero» como la persona física que no posee la nacionalidad del Estado en cuyo territorio se encuentra; de ahí que pueda concluirse que, de conformidad con la propuesta, quedaría descartada la expulsión de los dobles o múltiples nacionales. De hecho, el comentario a la disposición prohíbe expresamente las expulsiones de personas que posean dobles o múltiples nacionalidades, puesto que también tendrían la nacionalidad del Estado en el que se encuentran, ni siquiera cuando el destino fuera el Estado de nacionalidad efectiva o dominante de la persona de que se trate¹⁹.

¹⁷ Cfr. *Cuarto informe del Relator Especial sobre la expulsión de extranjeros* presentado por el Relator Especial Maurice Kamto, Sr. Kamto, A/CN.4/594, pp. 1-24, en particular p. 6: «a) El principio de no expulsión de los nacionales no se aplica a los binacionales ni a los plurinacionales, salvo que la expulsión pueda dar lugar a casos de apatridia».

¹⁸ El Relator Especial proponía en su tercer informe la siguiente redacción con respecto a la «No expulsión por un Estado de sus propios nacionales» 1. Un Estado no podrá expulsar a sus propios nacionales. 2. No obstante, si por motivos excepcionales debe proceder a tal expulsión, sólo podrá llevarla a cabo con el consentimiento de un Estado de acogida. 3. Una persona expulsada de su propio país tendrá derecho a regresar a él en todo momento a petición del Estado de acogida». Cfr. *Tercer informe del Relator Especial sobre la expulsión de extranjeros*, *op. cit.*, parágr. 57.

¹⁹ Cfr. *Comentario al Proyecto de artículo 2* en A/67/10, p. 23. A nuestro modo de ver, ello pone de manifiesto la congruencia con el criterio adoptado en el seno del Proyecto de la

2. Prohibición de expulsión y de devolución de los refugiados

A) *Sobre la noción de refugiado a los efectos de la expulsión*

La noción de refugiado contenida en la Convención de Ginebra de 1951²⁰ y su Protocolo Adicional de 1967²¹ tasa de forma más o menos detallada los motivos por los que una persona que tenga fundados temores de ser perseguida en su país de origen puede resultar acogida en el territorio de un tercero al amparo de la institución del refugio: motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas. Sin embargo, la realidad se ha encargado de demostrar que esa definición no satisface las necesidades actuales, dado que son mucho más amplios los motivos por los que las personas huyen de sus países de origen en busca de una seguridad de la que carecen²². Esto ha encontrado reflejo en algunos textos internacionales de carácter regional, como el Convenio de la OUA de 1969, por el que se regulan los problemas específicos de los refugiados en África²³, o la Declaración de Cartagena de 1984²⁴, pues, entre los motivos de huida que dan lugar al estatuto de refugiado, los citados textos mencionan una agresión exterior, una ocupación, una situación de dominación extranjera o la existencia de acontecimientos que perturben gravemente el orden público en una parte o en la totalidad del territorio. Incluso en el caso de la Declaración de Cartagena se hace referencia explícita a la huida de países en los que se violen sistemáticamente los derechos humanos o de aquellos en los que exista un conflicto armado. El Relator

CDI sobre protección diplomática, cuando señala que tanto el Estado de nacionalidad efectiva o dominante como el otro Estado se encuentran en igual situación de cara al ejercicio de la protección diplomática de un doble nacional.

²⁰ Cfr. *Recopilación de los Tratados de las Naciones Unidas*, vol. 189, p. 150, n.º 2.545 (1954) (en lo sucesivo, «Convención de Ginebra»).

²¹ Cfr. *Recopilación de los Tratados de las Naciones Unidas*, vol. 606, n.º 8.791 (en lo sucesivo, «Protocolo»).

²² Cfr. K. HAILBRONNER, «Non-Refoulement and “Humanitarian” Refugees: Customary International Law or Wishful Legal Thinking?», *Virginia Journal of International Law*, vol. 26, 1985-1986, pp. 857 a 896; Louis B. SOHN y T. BUERGENTHAL (eds.), «*The Movement of Persons across Borders*, Studies in Transnational Legal Policy», vol. 23, *American Society of International Law*, 1992, parágr. 13.02, p. 101; S. MORGADES GIL, «La protección de los demandantes de asilo por razón de su vulnerabilidad especial en la jurisprudencia del TEDH», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 37, septiembre-diciembre 2010, pp. 801-842.

²³ Cfr. *Recopilación de los Tratados de las Naciones Unidas*, vol. 1.001, n.º 14.691, artículo 1.2.

²⁴ Adoptada por diez Estados centroamericanos al concluir el «Coloquio sobre la protección internacional de los refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas jurídicos y humanitarios», celebrado en Cartagena, Colombia del 19 al 22 de noviembre de 1984. La definición aprobada en la Declaración de Cartagena fue aprobada más tarde por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y por la Asamblea General de la OUA.

Especial sobre la expulsión de extranjeros propuso en su segundo informe una definición de refugiado ampliada, semejante a la que se acaba de mencionar, basándose en la práctica de los Estados y las organizaciones internacionales: «Se entiende por refugiado una persona que se encuentra fuera del país en donde tiene su nacionalidad o, si es apátrida, del país en donde tiene su residencia habitual, que se ve obligada a buscar refugio fuera de su país de origen por un temor fundado de persecución por motivos de su raza, su religión, su nacionalidad, su pertenencia a un grupo social determinado y a sus opiniones políticas, o como consecuencia de una agresión, una ocupación exterior, una dominación extranjera, un conflicto armado interno o internacional, o acontecimientos que perturban gravemente el orden público en una parte o en la totalidad de su país de origen o del país donde tiene la nacionalidad»²⁵. A pesar de ello, el proyecto de artículo 6 aprobado provisionalmente en primera lectura por el Comité de redacción se remite a la definición clásica, aunque el comentario al mismo señala que debe tenerse en cuenta la evolución posterior en esta materia, en particular la ampliación contenida en la Convención de la OUA, anteriormente mencionada²⁶.

La Ley española 12/2009, de 30 de octubre, *reguladora del derecho de asilo y la protección subsidiaria*, que, como señaló Sánchez Legido, adaptó tardíamente la normativa comunitaria sobre el tema²⁷ (concretamente las Directivas 2004/83/CE, de 29 de abril, *sobre reconocimiento y estatuto de refugiado*²⁸, 2005/85/CE, de 1 de diciembre, *sobre procedimiento para conceder o retirar la condición de refugiado* y 2003/86/CE, de 22 de septiembre, *sobre el derecho de reagrupación familiar de los refugiados*) reconoce el derecho a la condición de refugiado en unos términos prácticamente idénticos a la Convención de 1951, pero añadió explícitamente algo que la práctica de los Estados ya avalaba: el reconocimiento del estatuto de refugiado a las personas que resulten perseguidas en sus países de origen por motivos de género u orientación sexual²⁹. Además, la ley reconoce la *protección subsidiaria* de personas que, no cumpliendo las exigencias para ser beneficiarias del estatuto de refugiadas, merezcan ser protegidas por encontrarse en una situación de riesgo real de su-

²⁵ Cfr. *Segundo Informe sobre la expulsión de extranjeros* presentado por el Relator Especial Maurice Kamto, 20 de julio de 2006, A/CN.4/573, parágr. 65.

²⁶ Cfr. el Comentario en Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en el 64.º período de sesiones, A/67/10, pp. 29-30.

²⁷ Cfr. los comentarios a la Ley española de asilo en el trabajo de A. SÁNCHEZ LEGIDO, «Entre la obsesión por la seguridad y la lucha contra la inmigración irregular; a propósito de la nueva ley de asilo», *REEI*, n.º 18, 2009, pp. 1 a 32.

²⁸ Cfr. G. GILBERT, «Is Europe Living Up to Its Obligations to Refugees?», *EJIL*, vol. 15, 2004-5, pp. 963-986, en particular, p. 975, donde se critica la redacción de la directiva en lo que a la definición de refugiado se refiere.

²⁹ Cfr. artículo 3.

frir un daño grave porque puedan ser víctimas de la imposición o la ejecución de la pena de muerte, víctimas de actos de tortura, o puedan ver peligrar su vida o su integridad como consecuencia de una situación de violencia indiscriminada en un contexto de conflicto armado interno o internacional³⁰, sin que se exija al solicitante de la protección subsidiaria probar que está directa y personalmente afectado por una amenaza grave e individual contra la vida o la integridad física, puesto que las amenazas pueden considerarse acreditadas excepcionalmente «cuando el grado de violencia indiscriminada que caracteriza el conflicto armado existente —apreciado por las autoridades nacionales competentes a las que se ha presentado una solicitud de protección subsidiaria o por los órganos jurisdiccionales del Estado miembro ante los que se ha impugnado la decisión de denegación de tal solicitud— llega a tal extremo que existen motivos fundados para creer que un civil expulsado al país de que se trate o, en su caso, a la región de que se trate, se enfrentaría por el mero hecho de su presencia en el territorio de éstos, a un riesgo real de sufrir dichas amenazas»³¹. De hecho, el artículo 10.c) de la ley española no exige la individualización del daño que contempla la Directiva si las amenazas contra la vida o la integridad que afectan con carácter general a la población civil adquieren el umbral requerido³².

Así pues, la normativa comunitaria y, en consecuencia, la española ha ampliado la protección a supuestos distintos a los previstos en el Convenio de 1951 y su Protocolo Adicional de 1957, al amparo de la *protección subsidiaria*, aunque también han restringido su aplicación en otros aspectos³³. A los efectos que aquí nos ocupan, no cabe la devolución ni la expulsión de refugiados ni de personas a quienes se haya reconocido la mencionada protección subsidiaria³⁴.

³⁰ Cfr. las críticas de Sánchez Legido a la exigencia de la existencia de un conflicto armado y no la mera existencia de situaciones de violaciones sistemáticas o generalizadas de los derechos humanos, en A. SÁNCHEZ LEGIDO, «Entre la obsesión por la seguridad y la lucha contra la inmigración irregular; a propósito de la nueva ley de asilo», *op. cit.*, p. 10.

³¹ Cfr. TJUE (Gran Sala), Sentencia de 17 de febrero de 2009, en el asunto C-145/09, párr. 43. Cfr. Z. AIT EL KADI, «Le degré de violence aveugle dans le pays d'origine peut justifier l'octroi de la protection subsidiaire», *AJDA*, 2009, p. 291; L. BURGORGUE-LARSEN, «De l'autonomie de la protection du droit communautaire par rapport à la Convention européenne des droits de l'homme», *AJDA*, 2009, p. 1321; M. E. SALAMANCA AGUADO, «La protección subsidiaria de personas amenazadas por violencia indiscriminada en situaciones de conflicto armado. Comentario a la sentencia del TJCE de 17 de febrero de 2009, en el asunto Elgafaji (C-465/07)», *Revista General de Derecho Europeo*, vol. 19, 2009, pp. 7-15.

³² Cfr. A. SÁNCHEZ LEGIDO, «Entre la obsesión por la seguridad y la lucha contra la inmigración irregular; a propósito de la nueva ley de asilo», *op. cit.*, pp. 10-11.

³³ *Ibid.*, pp. 6 ss.

³⁴ Cfr. artículo 5 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, *BOE*, n.º 263, de 31 de octubre de 2009.

B) *Alcance de la prohibición de expulsión y de devolución*

a) Marco jurídico

Desde la perspectiva del Derecho internacional universal las dos disposiciones que hemos de tomar como referencia son los artículos 32 y 33 de la Convención de Ginebra de 1951. El artículo 32 prohíbe la expulsión de aquellos refugiados «que se hallen legalmente en el territorio», siempre y cuando razones de «seguridad nacional o de orden público» no exijan tal expulsión, expulsión que, en todo caso, debería producirse tras la adopción de una decisión conforme a los procedimientos legalmente vigentes³⁵. Dando un paso más, el artículo 33, titulado «prohibición de expulsión y de devolución (*refoulement*)», establece que ningún Estado podrá, «por expulsión o devolución, poner a un refugiado en las fronteras de los territorios en los que su vida o su libertad peligran por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o de sus opiniones políticas». No obstante, el principio de no devolución ha sido incluido en numerosos instrumentos internacionales posteriores, tanto de carácter universal como regional. Así se recoge en los principios relativos al trato de los refugiados adoptado en 1966 por el Comité Jurídico consultivo afroasiático (art. III)³⁶, en la Declaración de Naciones Unidas sobre el asilo territorial adoptada en 1967 (art. 3)³⁷, en la Convención de la Unidad Africana de 1969 por la que se regulan los aspectos específicos de los problemas de los refugiados en África (art. 2.3), en la Declaración de Cartagena sobre refugiados de 1984 (sección III, párrafo 5)³⁸, así como en distintas conclusiones del Comité Ejecutivo del ACNUR, o, fuera del ámbito de la protección de los refugiados, en el artículo 3 del Convenio contra la Tortura de 1984, o resultado de la aplicación práctica del artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, aspectos ambos a los que más adelante nos

³⁵ En todo caso, se deberá permitir al refugiado la presentación de pruebas exculpatorias contra la orden de expulsión, la formulación de un recurso de apelación así como su derecho de representación a estos efectos ante la autoridad competente o ante una o varias personas especialmente designadas por esa autoridad. En caso de que la decisión de expulsión sea definitiva, se concederá al refugiado un plazo razonable dentro del cual pueda gestionar su admisión en otro país. Durante ese período, los Estados se reservan el derecho de aplicar las medidas de orden interno que consideren oportunas (cfr. art. 32, párrafos 2 y 3).

³⁶ Cfr. el texto en E. LAUTERPACHT y D. BETHLEHEM, «Alcance y contenido del principio de no devolución: opinión», en *Protección de los refugiados en el Derecho Internacional*, E. FELLER, V. JURK y F. NICHOLSON, ACNUR, 2010, p. 100.

³⁷ Cfr. Resolución 2132 (XXII), de 14 de diciembre de 1967.

³⁸ Cfr. cita nota 24.

referiremos. El principio de no devolución sobrepasa, por tanto, el ámbito de protección de los refugiados³⁹.

b) Beneficiarios de la prohibición

La prohibición de expulsión recogida en el artículo 32 protege a los refugiados que se encuentren *legalmente* en el territorio, en tanto que el principio de prohibición de devolución regulado en el artículo 33 resulta de aplicación a todos los refugiados, con independencia de su situación jurídica en el territorio del Estado. Veamos separadamente cada uno de los supuestos.

La prohibición de expulsión a la que se refiere el artículo 32 protege a los «refugiados que se encuentren legalmente en el territorio». Si partimos de la base de que una persona ostenta la condición de refugiada con independencia de su reconocimiento formal, entendiendo, como hace el ACNUR y la doctrina mayoritaria que el reconocimiento no tiene carácter constitutivo sino declarativo, porque una persona «no adquiere la condición de refugiada en virtud del reconocimiento sino que se le reconoce tal condición por el hecho de ser refugiado»⁴⁰, podría concluirse que desde el mismo momento en el que una persona reclama su condición de refugiada, tiene tal condición. Por tanto, la expulsión estaría prohibida. Sin embargo, la legalidad o ilegalidad de la estancia debe tener alguna consecuencia puesto que tal distinción se encuentra recogida en el artículo 31 del Convenio.

Pues bien, ¿quiénes son considerados «refugiados legales»? Como es natural, tendrán tal consideración las personas a quienes el Estado ha reconocido oficialmente tal estatuto, pero también podrían quedar bajo el paraguas de tal calificación los solicitantes de asilo a la espera de resolución de su solicitud. Así lo ha defendido en distintas ocasiones el ACNUR⁴¹, un sector de la doctri-

³⁹ Cfr. V. CHETAU, «Le principe de non refoulement et le statut de réfugié en droit international», en *La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés 50 ans après: bilan et perspectives*, Buylant, Bruxelles, 2011, p. 7.

⁴⁰ Cfr. ACNUR, Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, Ginebra, 1979, reeditado en 1992, párr. 28. Esta interpretación se apoya también en las distintas conclusiones del Comité Ejecutivo del ACNUR —concretamente las conclusiones n.º 6, de 1977, n.º 79, de 1996, y n.º 81, de 1997— o en las Resoluciones adoptadas en el seno de la Asamblea General de Naciones Unidas —entre otras muchas, A/RES/64/127, de 27 de enero de 2010, párr. 18, o A/RES/65/194, de 28 de febrero de 2011, párr. 19—. Cfr. igualmente E. LAUTERPACHT y D. BETHLEHEM, «Alcance y contenido del principio de no devolución: opinión» en E. FELLER, V. JURK, y F. NICHOLSON, *Protección de los refugiados en el Derecho Internacional*, ACNUR, 2010, p. 129.

⁴¹ Cfr. nota del ACNUR sobre las garantías diplomáticas y la protección internacional de los refugiados, Sección de Operaciones de Protección y Asesoría Legal, Ginebra, agosto de 2006, pp. 15-16.

na⁴² o los jueces disidentes del TEDH en el caso *Saadi c. Gran Bretaña* cuando señalaron que «les demandeurs d'asile qui on présenté une demande de protection internationale se trouvent *de facto* légalement sur le territoire d'un Etat»⁴³. Otros autores, Carlier entre ellos, defienden, sin embargo, que el solicitante de asilo no debe ser considerado como alguien que se encuentra legalmente en el territorio del Estado⁴⁴. A nuestro modo de ver, la estancia de un solicitante de asilo debería ser considerada como regular, siquiera de manera temporal, a la espera de la resolución de la solicitud planteada y al menos a los efectos de la prohibición de expulsión. De hecho, el proyecto de artículo 6 aprobado provisionalmente por el Comité de redacción de la CDI establece que la prohibición de la expulsión de los refugiados que se hallen regularmente en el territorio de un Estado se aplicará igualmente «a todo refugiado que, encontrándose de manera irregular en el territorio del Estado, haya solicitado que se le reconozca el estatuto de refugiado, mientras que se esté examinando dicha solicitud». Esa misma interpretación se realiza en distintas disposiciones de derecho derivado de la Unión Europea⁴⁵. Por otra parte, podría entenderse que son refugiados que se encuentran irregularmente en el territorio del Estado aquellas personas a quienes les hubiera sido denegado, ya de manera definitiva, el estatuto de refugiado o aquellas otras que ni siquiera hayan llegado a tramitar la solicitud.

Como decíamos, sólo los refugiados que se encuentren legalmente en el territorio del Estado están protegidos por la prohibición de expulsión del artículo 32⁴⁶; sin embargo, tanto unos como otros, legales o «ilegales»⁴⁷, inclui-

⁴² Cfr. J. C. HATHAWAY, *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge University Press, 2005, p. 667.

⁴³ Cfr. *Saadi c. Reino Unido*, STEDH (Gran Sala), de 29 de enero de 2008, Opinión disidente de los Jueces Rozakis, Tulkens, Kovler, Hajiyev, Spielmann e Hirvelä, parágr. 3.

⁴⁴ Cfr. J. Y. CARLIER, «L'accès au territoire et la détention de l'étranger demandeur d'asile. Cour Européenne des droits de l'homme (Grand Chambre), Saadi c. Royaume-Uni 29 janvier 2008», *Révue Trimestrelle des Droits de L'Homme*, 2009, pp. 795-810, p. 801.

⁴⁵ Cfr. Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular; Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a la protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida.

⁴⁶ Cfr. G. GOODWIN-GILL, «El artículo 31 de la Convención de 1951 relativa al estatuto de los refugiados: la no penalización, la detención y la protección», en E. FELLER, V. JURK y F. NICHOLSON, *Protección de los refugiados en el Derecho Internacional*, ACNUR, 2010, pp. 209-210. Cfr. igualmente J. Y. CARLIER, «Droit d'asile et des réfugiés», *RCADI*, t. 332, 2007, pp. 15-341, en particular pp. 76 ss.; J. Y. CARLIER, «L'accès au territoire et la détention de l'étranger demandeur d'asile. Cour Européenne des droits de l'homme (Grand Chambre)», Saadi c. Royaume-Uni 29 janvier 2008, *op. cit.*, p. 801.

⁴⁷ La Directiva 2004/83 recogía en el artículo 21.2 los supuestos excepcionales en los que se puede devolver a un refugiado —y dice, «reconocido formalmente o no», lo que,

dos los solicitantes de asilo, sea cual sea su estatuto, están amparados por el principio de no devolución contenido en el artículo 33⁴⁸. Así las cosas, son beneficiarios del derecho de no devolución tanto las personas a quienes se les ha reconocido oficialmente la condición de refugiadas —ya provenga el reconocimiento del Estado que expulsa, de un tercer Estado o del ACNUR⁴⁹— como los solicitantes de asilo; no tendría sentido que estos últimos, que aún no han recibido respuesta a su petición, fueran expulsados y devueltos al país en el que su vida o su integridad corrieran peligro⁵⁰.

Por otra parte, se ha discutido si la disposición protege sólo a los refugiados que se encuentren físicamente en el territorio del Estado o si también protege a los solicitantes de asilo en frontera. Si bien autores como Grahl-Madsen o Robinson han defendido que estos últimos no se encuentran protegidos por el artículo 33 —afirmando este último con enorme crudeza «if a refugee has succeeded in eluding the frontier guards, he is safe: if he has not, it is his hard luck»⁵¹—, lo cierto es que tanto el ACNUR como un sector mayoritario de la doctrina admiten hoy en día que los solicitantes de asilo en frontera se encuen-

a sensu contrario implica que si no se está en tal situación excepcional la devolución no puede tener lugar. En idéntico sentido, cfr. artículo 21.2 de la Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011 (que introdujo una serie de cambios sustantivos a la Directiva que acabamos de mencionar), por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de la protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho de protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida, *DOUE* de 20 de diciembre de 2011, L 337/9.

⁴⁸ Cfr. la opinión de V. CHETAÏL, «Le principe de non refoulement et le statut de réfugié en droit international», *op. cit.*, pp. 10-12 y la abundante bibliografía recogida en la nota al pie número 23; E. LAUTERPACHT y D. BETHLEHEM, «Alcance y contenido del principio de no devolución: opinión», *op. cit.*, p. 130. Además, numerosos textos internacionales adoptados con posterioridad a 1951 se refieren de manera general a la prohibición de devolución de «personas», precisando incluso en algún caso que la protección alcanza a los solicitantes de refugio. Cfr. Principios relativos al trato de los refugiados adoptados por el Comité Consultivo África/Asia, artículo III.3.

⁴⁹ Cfr. Conclusión n.º 12 (XXIV) del Comité Ejecutivo del ACNUR, Consecuencias extraterritoriales de la determinación de la condición de refugiado; ACNUR, *Note on the Extraterritoriality Effect of the Determination of Refugee Status under the 1951 Convention and 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees, EC/SCP/9*, de 24 de agosto de 1978.

⁵⁰ Como señala Chetail, «Refuser le bénéfice de l'article 33 a ces dernières (demandeurs d'asile) reviendrait à le priver de tout effet utile», Cfr. V. CHETAÏL, «Le principe de non refoulement et le statut de réfugié en droit international», *op. cit.*, p. 9.

⁵¹ Cfr. N. ROBINSON, *Convention Relating to the Status of Refugees. Its History, Contents and Interpretation*, Instituto de Asuntos Judíos, Congreso Judío Mundial, 1953 (reimpreso en 1997 por la División de Protección Internacional del ACNUR), p. 134; A. GRAHL-MADSEN, *The status of Refugees in International Law, op. cit.*, pp. 94-95.

tran igualmente protegidos por el principio de no devolución⁵²; y es que, como advierte Chetail una interpretación como la planteada por Robinson perjudicaría a quienes actúan de conformidad con las normas, pues podrían ser devueltos al país del que huyen, frente a quienes consiguen entrar ilegalmente en el territorio de los Estados parte en la Convención, pues, estos últimos quedarían protegidos por el principio de no devolución⁵³. Incluso algún autor defiende algo técnicamente más discutible como la consideración de que quien se presenta en un puesto fronterizo y solicita refugio se encuentra ya, de hecho, en el interior del territorio de ese Estado, por lo que esa persona quedaría protegida por lo dispuesto artículo 33⁵⁴. Quizás sea más acertado afirmar que esa persona podría encontrarse ya sometida a la jurisdicción del Estado y, por tanto, protegida por el Derecho internacional de los derechos humanos, general o convencional, que le obligue a aquél, y, por ello, protegida frente a la devolución⁵⁵. A nuestro juicio, ello sería igualmente aplicable a aquellas personas que huyendo de sus países de origen víctimas de la persecución son interceptadas en alta mar por buques oficiales de terceros Estados. Así se desprende de la sentencia dictada por el TEDH en el caso *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*⁵⁶ cuando afirmó de forma categórica que desde el momento en que los veinticuatro extranje-ros subieron a bordo de buques de Estado italianos y hasta el momento de ser entregados a las autoridades libias, se encontraban bajo el control continuo y exclusivo *de jure y de facto* de Italia; de ahí la obligación de sus autoridades de respetar las obligaciones contraídas en materia de derechos humanos, entre las que se encontraban el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 y sus Protocolos Adicionales, así como la Convención de Ginebra sobre el estatuto de los refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967⁵⁷, y como recalcó el TEDH «l'Italie n'est pas dispensée de respecter ses obligations au titre de l'article 3 de la Convention du fait que les requérants auraient omis de demander l'asile ou d'exposer les risques encourus en raison de l'absence d'un système d'asile en Libye. Elle rappelle encore une fois qu'il revenait aux autorités italiennes de s'enquérir de la manière dont les autorités libyennes s'acquittaient de leurs

⁵² Cfr. Conclusiones n.º 6 (XXVIII) y 85 (XLIX) del Comité Ejecutivo del ACNUR. En esa misma línea, cfr. La Declaración de Cartagena, artículo 2.3 o la Directiva 2005/85, de 1 de diciembre, tanto en lo señalado en el pár. 2 del preámbulo como lo dispuesto en el artículo 3.1.

⁵³ Cfr. V. CHETAİL, «Le principe de non refoulement et le statut de réfugié en droit international», *op. cit.*, pp. 17-18; en particular, en el mismo sentido, P. WEIS, «Legal aspects of the Convention of 25 July 1951 relating to the Status of Refugees», *British Yearbook of International Law*, vol. 30, 1952, p. 453; J. Y. CARLIER, «Droit d'asile...», *op. cit.*, p. 90.

⁵⁴ Cfr. G. S. GOODWIN GILL, *The refugee in International Law*, *op. cit.*, p. 123.

⁵⁵ Cfr. E. LAUTERPACHT y D. BETHLEHEM, «Alcance y contenido del principio de no devolución: opinión», *op. cit.*, p. 128.

⁵⁶ Cfr. apartado relativo a la prohibición de las expulsiones colectivas.

⁵⁷ Cfr. *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, STEDH de 23 febrero de 2012, parágr. 81.

obligations internationales en matière de protection des réfugiés»⁵⁸. En alguna medida, reflejo de la sentencia es la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas para la vigilancia de las fronteras marítimas exteriores, de abril de 2013, cuyo artículo 4 establece que antes de decidir el desembarco de las personas interceptadas en el mar en un tercer país, las unidades participantes en la operación deberán tener en cuenta la situación general de ese país, no pudiendo proceder al desembarco cuanto los Estados sean conscientes o deban ser conscientes de que en ese tercer país las personas podrían correr peligro de sufrir pena de muerte, tortura o cualquier otra pena o trato inhumano o degradante en infracción del principio de no devolución⁵⁹.

c) Excepciones a la prohibición

El artículo 32 del Convenio de 1951 prohíbe la expulsión de un refugiado que se encuentre legalmente en el territorio del Estado, excepto en los casos en que éste constituya una amenaza para el *orden público* o para la *seguridad nacional*. Por su parte, el artículo 33, que se refiere a la prohibición de expulsión o devolución de un refugiado al territorio donde su vida o su libertad corran peligro, admite también dos excepciones: la existencia de «razones fundadas» para considerar a esa persona como «un peligro para la seguridad del país», o la existencia de una *condena en firme* por un delito *particularmente grave* que le convierta en una *amenaza para la comunidad*.

Ahora bien, ¿qué se entiende por seguridad nacional y orden público en el artículo 32? ¿Y por seguridad del país o amenaza para la comunidad en el artículo 33? ¿Cuándo se dan las circunstancias para que operen como excepciones a la prohibición de la expulsión de refugiados y al principio de *non refoulement*? Y es que, como señala el Relator Kamto, ni las convenciones internacionales ni la jurisprudencia internacional definen de manera precisa estos términos⁶⁰.

Como punto de partida, las excepciones deben interpretarse restrictivamente con el fin de no desnaturalizar el principio general de la prohibición de expulsión y de devolución de los refugiados⁶¹; tal y como señala el ACNUR,

⁵⁸ *Ibid.*, parágr. 157.

⁵⁹ Cfr. Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas para la vigilancia de las fronteras marítimas exteriores *en el marco de la cooperación operativa coordinada por la Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea*, COM(2013) 197 final, 2013/0106 (COD), 12 de abril de 2013.

⁶⁰ Cfr. *Sexto informe sobre la expulsión de extranjeros*, *op. cit.*, parágr. 80.

⁶¹ Cfr. J. C. HATHAWAY y C. J. HARVEY, «Framing Refugee Protection in the New World Disorder», *Cornell International Law Journal*, Vol. 34, 2001-2, pp. 257-320; en el mismo sentido F. JULIEN LAFERRIÈRE, «Le traitement des réfugiés et des demandeurs d'asile au point

sólo deben operar si la expulsión o la devolución son las únicas medidas posibles para proteger los intereses legítimos de los Estados⁶². De hecho, conviene advertir que ciertos instrumentos internacionales elaborados con posterioridad al Convenio de Ginebra y a su Protocolo —como la Convención sobre refugiados de la OUA, la Convención Americana de Derechos Humanos o la Declaración de Cartagena— no contienen ninguna excepción al principio de no devolución. De la misma forma, las Directrices sobre legislación nacional en materia de refugiados, preparadas por un Grupo de trabajo conjunto del ACNUR y de la OUA, tampoco recogieron excepción alguna; ello ha llevado a algún sector a afirmar que las directrices constituyen «una interpretación autorizada de los compromisos de los estados en virtud tanto de la Convención de 1951 como de la Convención sobre refugiados de la OUA», interpretación que vendría a sugerir que «la tendencia desde 1951 en contra de las excepciones refleja una evolución en el desarrollo del derecho en general con respecto a la no devolución que excluiría toda excepción»⁶³. Lo cierto es, sin embargo, que los proyectos de artículos 6.1 (prohibición de expulsión) y 6.3 (prohibición de devolución) aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción de la CDI incluyen ambas excepciones y con una redacción prácticamente idéntica, como también la Directiva 2011/95/UE por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el contenido la protección internacional⁶⁴.

En relación con la expresión «seguridad nacional» del artículo 32, o «peligro para la seguridad del país», del artículo 33, o con la de «seguridad pública» utilizada en otros textos internacionales⁶⁵, conviene advertir que ninguna de ellas fue objeto de mayor discusión en el proceso de redacción de la Convención⁶⁶. Doctrinalmente, se entiende por seguridad nacional actos de una na-

d'entrée», *Révue Universelle des Droits de l'Homme*, 1990-1992, pp. 53-58, en particular p. 57.

⁶² Cfr. UHCR, *Note on Expulsion of Refugees*, 24 de agosto de 1977, EC/SCP/3, disponible en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae68cbf14.html>.

⁶³ Cfr. E. LAUTERPACHT y D. BETHLEHEM, «El alcance y contenido del principio de no devolución: opinión», *op. cit.*, p. 147. En este mismo sentido, J. FLAUSS, «Les droits de l'homme et la Convention de Genève du 28 juillet au statut des réfugiés», en V. CHETAIL y J. Fr. FLAUSS (eds.), *La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés 50 ans après: bilan et perspectives*, Bruylant, Bruselas, 2001, p. 117.

⁶⁴ Cfr. artículo 21 Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a la protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida.

⁶⁵ El relator especial optó en su sexto informe por tratar ambas expresiones como sinónimas, cfr. *Sexto informe sobre la expulsión de extranjeros*, *op. cit.*, parágr. 90.

⁶⁶ De hecho, en el primer proyecto preparado en el seno del Comité *ad hoc*, el principio de *non refoulement* no presentaba ninguna excepción. Éstas fueron incluidas con posterioridad

turalidad tal que amenacen directa o indirectamente al gobierno, a la integridad territorial, la independencia o la paz⁶⁷. Otros incluyen el espionaje, el sabotaje de instalaciones militares, los actos tendentes a derrocar a un gobierno o las actividades terroristas⁶⁸. Precisamente, en los últimos años la amenaza a la seguridad nacional como consecuencia de la participación en actos de terrorismo está siendo uno de los motivos por los que se está produciendo expulsiones de extranjeros del territorio de distintos Estados. En este sentido conviene recordar que el TJUE —cuya jurisprudencia puede aplicarse en muchas ocasiones a las expulsiones en el marco más amplio del Derecho internacional, tal y como ha señalado el Relator especial para la expulsión de extranjeros⁶⁹— ha señalado en distintas sentencias que la mera pertenencia de una persona a una organización terrorista incluida en la lista que figuraba en el anexo a la Posición común 2001/931 no debía ser causa automática de exclusión de la condición de refugiado, puesto que sólo podría serlo tras haber procedido a una evaluación individual de hechos concretos con el fin de determinar si los actos cometidos por la organización constituyen graves delitos comunes o actos contrarios a las finalidades y principios de la Carta de Naciones Unidas y si puede imputarse a la persona de que se trata una responsabilidad individual por la comisión de esos actos⁷⁰. Pues bien, a nuestro juicio, tampoco debería servir para proceder a la expulsión o a la devolución de un refugiado la amenaza que su presencia supone para la seguridad nacional hasta que se pruebe su personal participación en la comisión de un acto de terrorismo internacional, aplicando análogicamente lo dispuesto en el artículo 27.2 de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, cuando señala que

en el seno de la Conferencia de plenipotenciarios. Cfr. J. Y. CARLIER, «Droit d'asile et des réfugiés», *op. cit.*, p. 168.

⁶⁷ Cfr. A. GRAHL-MADSEN, *Commentary on the Refugee Convention 1951*, 1963, publicado por la División de Protección Internacional del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, 1997, en relación con el artículo 32, párrafo 5. En un sentido similar, N. BERGER, *La politique européenne d'asile et d'immigration. Enjeux et perspectives*, Bruylant, Bruselas, 2000, p. 197.

⁶⁸ En el seno de la CDI se ha planteado la posibilidad de explicitar de forma autónoma la comisión de actos de terrorismo como una excepción más al principio de no devolución, aun cuando Kamto lo enmarca más en el ámbito del desarrollo progresivo que en el de codificación.

⁶⁹ Cfr. *Sexto informe del Relator especial para la expulsión de extranjeros*, *op. cit.*, parágrafos 107 y 116.

⁷⁰ Cfr. TJUE (Gran Sala), Sentencia de 9 de noviembre de 2010, Westlaw Aranzadi TJCE/2010/333, parágrafo 87 y 99. Sobre esta sentencia, cfr. el comentario de P. SARDINA CÁMARA, «Estatuto de refugiado *versus* “grave delito común” o “actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas”. Reflexiones a la luz de la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de noviembre de 2010 (Asuntos acumulados C-57/09 y C-101/09)», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n.º 26, 2011, pp. 205-216.

«las medidas adoptadas por razones de orden público o seguridad pública deberán ajustarse al principio de proporcionalidad y basarse exclusivamente en la conducta personal del interesado. La existencia de condenas penales anteriores no constituirá por sí sola una razón para adoptar dichas medidas», para concluir a continuación «La conducta personal del interesado deberá constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad. No podrán argumentarse justificaciones que no tengan relación directa con el caso concreto o que se refieran a razones de prevención general».

Deben existir razones fundadas, esto es, una base para concluir que existe un riesgo o amenaza para la seguridad; no puede tratarse de una decisión arbitraria, tal y como ha señalado con carácter general la jurisprudencia del TEDH. No es suficiente con afirmar que una persona constituye una amenaza para la seguridad nacional, sino que el Estado debe basar su decisión en la existencia de fundadas razones que debe explicar⁷¹ o «imperiosas razones de seguridad nacional» según los principios relativos al trato a los refugiados adoptado por el Comité Consultivo Afroasiático. Para ello, se deberán tener en cuenta factores tales como «a) la gravedad del peligro planeado a la seguridad del país. b) La probabilidad de que ese peligro se haga realidad o su inminencia. c) Si el peligro para la seguridad del país sería eliminado o significativamente aliviado por la expulsión del individuo en cuestión. d) La naturaleza y seriedad del riesgo de la devolución para el individuo. e) Si están disponibles otras opciones consistentes con la prohibición de la devolución y si podrían ser empleadas, ya sean en el país de asilo o mediante la expulsión del individuo en cuestión a un tercer país seguro»⁷². La amenaza debe ser presente o futura, no pasada, y debe serlo para el Estado en el que esa persona se encuentra, no para otro Estado o para la comunidad internacional en general⁷³.

Por su parte, la amenaza para el «orden público» recogida en el artículo 32.1 es una excepción que quizás permita una interpretación algo más amplia que la que se refiere a la amenaza para la «comunidad del país de acogida», prevista en el artículo 33.2. En efecto, si nos centramos en la excepción de la amenaza a la comunidad del país de acogida conviene recordar que de conformidad con la literalidad de la disposición es necesaria la existencia de

⁷¹ Así, en el caso *Takush c. Grecia*, el TEDH concluyó la violación de la Convención Europea por parte de Grecia por no haber demostrado la amenaza que el refugiado suponía para el orden público, pues la resolución en la que se decidió su expulsión sólo mencionaba la circunstancia sin hacer valer el más mínimo argumento en apoyo de esta afirmación (cfr. *Takush c. Grecia*, STEDH de 17 de enero de 2012).

⁷² Cfr. E. LAUTERPACHT y D. BETHLEHEM, «El alcance y contenido del principio de no devolución: opinión», *op. cit.*, p. 153. En el mismo sentido, C. K. WOUTERS, *International legal standards from protection from refoulement*, 2009, p. 115.

⁷³ *Ibid.*, p. 135.

una condena firme —la expulsión o la devolución no podrá tener lugar si el refugiado dispone aún de vías de recurso—, por un delito particularmente grave —debe tratarse de los delitos más graves recogidos en la legislación penal del Estado de que se trate—, delito que puede haberse cometido tanto dentro como fuera del país de refugio, pero con posterioridad a su entrada en el territorio porque en el caso de ser anterior la persona en cuestión quedaría fuera de la protección de la Convención de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.F).b). No obstante, la existencia de una condena firme es un requisito necesario pero no suficiente puesto que la persona debe suponer una amenaza a la comunidad, circunstancia que se daría por ejemplo «if he sabotajes means of communication, blows up or sets fire to houses and other constructions, assaults or batters peaceful citizens, commits burglaries, hodups or kidnapping, etc., in short if he disrupts or upsets civil life, and particularly if this done on any large scale, so that the person concerned actually becomes a public menace»⁷⁴. Es la presencia continuada del refugiado lo que debe constituir un peligro presente o futuro causante de la expulsión⁷⁵.

En cualquier caso, como veremos más adelante, el Estado debe realizar todos los esfuerzos posibles para que la devolución no se produzca hacia el país en el que la vida o la libertad del refugiado corra peligro, siendo esta obligación absoluta e inderogable cuando el peligro al que se le somete con el traslado es el peligro de verse sometido a actos de tortura en el país de destino⁷⁶, y

⁷⁴ Cfr. A. GRAHL-MADSEN, *Commentary on the Refugee Convention 1951*, 1963, publicado por la División..., *op. cit.*, comentario al artículo 33; C. K. WOUTERS, *International legal standards...*, *op. cit.*, pp. 116-117.

⁷⁵ *Ibid.*, parágr. 7.

⁷⁶ Como el derecho a no ser sometido a tortura tiene carácter absoluto, el principio de no devolución en esos mismos casos (riesgo de tortura) también tiene ese carácter. Así se puso de manifiesto en el caso *Chahal c. Reino Unido*, cuando el TEDH concluyó: «The prohibition provided by Article 3 (art. 3) against ill-treatment is equally absolute in expulsion cases. Thus, whenever substantial grounds have been shown for believing that an individual would face a real risk of being subjected to treatment contrary to Article 3 (art. 3) if removed to another State, the responsibility of the Contracting State to safeguard him or her against such treatment is engaged in the event of expulsion [...]. In these circumstances, the activities of the individual in question, however undesirable or dangerous, cannot be a material consideration.» Cfr. *Chahal c. Reino Unido*, STEDH de 15 de noviembre de 1996, parágr. 80). En esa misma línea se han manifestado el Comité contra la Tortura y el Comité de Derechos Humanos, de modo que aún cuando un refugiado pudiera ser expulsado a otro Estado de conformidad con las previsiones de los artículos 32 o 33 del Convenio de 1951, lo cierto es que las obligaciones contraídas por los Estados, al menos en relación con el derecho a no ser sometido a tortura, y en determinadas circunstancias, en relación con el derecho a la vida, impedirían que tal expulsión pudiera tener lugar, puesto que como afirmó el TEDH «The protection afforded by Article 3 (art. 3) is thus wider than that provided by Articles 32 and 33 of the United Nations 1951 Convention on the Status of Refugees [...]» (*ibidem*). Cfr. *infra* los apartados III.1 y III.2.

en el caso de los países abolicionistas, tampoco cuando la persona en cuestión pueda ser ejecutada en el Estado de destino como consecuencia de la expulsión o la devolución.

d) Destinos prohibidos: Estados no seguros

El artículo 33 de la Convención de Ginebra señala que queda prohibida la expulsión de un refugiado a «las fronteras de los territorios» en los que su vida o su libertad corran peligro, entendiendo por tal la prohibición de devolución a la frontera de los territorios donde el refugiado tenga un temor fundado de ser perseguido⁷⁷. Por otra parte, no se utiliza la palabra «Estado» o «país», sino «territorio», lo que sugiere que la no devolución se aplica también en circunstancias en que el refugiado o solicitante de asilo se encuentre dentro del Estado perseguidor⁷⁸. Queda prohibida la devolución a «las fronteras de los territorios», lo que implica que se prohíbe la devolución a las fronteras de cualquier territorio donde la persona en cuestión peligre, sea o no su país de origen⁷⁹.

La expulsión del refugiado sí podría tener lugar hacia un tercer Estado que sea considerado «país seguro», lo que exige una correcta valoración de tal condición, siempre respecto de la persona cuya posible expulsión/devolución se esté barajando, no en abstracto⁸⁰. En el marco de la Unión Europea, la Directiva 2005/85 del Consejo, de 1 de diciembre de 2005, sobre normas mí-

⁷⁷ Como señalan Lauterpacht y Bethlehem «el sentido común dicta una cierta equiparación entre la amenaza que impide la devolución y la que se halla en la médula de la definición de refugiado en el artículo 1 A (2) de la Convención de 1951, a saber, que la persona en cuestión tiene un temor fundado de ser perseguida», e incluso llegan a defender una lectura más amplia de la amenaza contemplada en el 33.1, de forma que la prohibición de devolución existe incluso en supuestos en los que la amenaza para la vida y la libertad del refugiado puedan producirse sin que exista un acto de persecución de por medio. Cfr. E. LAUTERPACHT y D. BETHLEHEM, «El alcance y contenido del principio de no devolución: opinión», *op. cit.*, p. 139. En esa misma línea cfr. *Nota del ACNUR sobre las garantías diplomáticas y la protección internacional de los refugiados*, División de Servicios de Protección Internacional, agosto de 2006, pp. 6 ss.

⁷⁸ Como señalan Lauterpacht y Bethlehem, tal sería el caso de una persona refugiada en una misión diplomática de otro Estado o de una persona que se encuentre bajo la protección de las fuerzas armadas de otro Estado desplegadas en su país de origen, cfr. E. LAUTERPACHT y D. BETHLEHEM, «El alcance y contenido del principio de no devolución: opinión», *op. cit.*, p. 136.

⁷⁹ Cfr. *Nota del ACNUR sobre las garantías diplomáticas y la protección...*, *op. cit.*, p. 5.

⁸⁰ Cfr. F. J. QUEL LÓPEZ, «Acceso a la protección de los solicitantes de asilo (incluido el concepto de tercer país seguro y movimientos irregulares)», en P. A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ (dir.), *La Revitalización de la Protección de los Refugiados*, Publicaciones Universidad de Huelva, 2002, pp. 179-194.

nimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado, utiliza nociones como «tercer país seguro» o «tercer país seguro europeo», lo que podría hacer pensar que la expulsión o devolución de un refugiado a uno de esos países, en los supuestos permitidos por el Convenio, sería legal por no existir un peligro para la vida o la libertad de la persona de que se trate. El artículo 27 de la Directiva señala que las autoridades competentes considerarán a un país como tercer país seguro cuando tengan la certeza de que el solicitante de asilo recibirá en ese tercer país un trato conforme a los siguientes principios: «a) su vida o su libertad no están amenazadas por razón de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social particular u opinión política; b) se respeta el principio de no devolución de conformidad con la Convención de Ginebra; c) se respeta la prohibición de expulsión en caso de violación del derecho de no ser sometido a torturas ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes, establecido en el derecho internacional; d) existe la posibilidad de solicitar el estatuto de refugiado y, en caso de ser refugiado, recibir protección con arreglo a la Convención de Ginebra». Con respecto a tercer país seguro europeo, el artículo 36 de la misma Directiva señala que sólo podrá ser considerado «tercer país seguro» si ha ratificado la Convención de Ginebra y el CEDH y además observa sus disposiciones, si cuenta con un procedimiento de asilo prescrito por la ley, y, finalmente, si ha sido designado como tal, conforme al procedimiento establecido⁸¹. No caben las expulsiones indirectas, lo que ocurriría en el caso de que el refugiado fuera expulsado a un Estado seguro, pero del que, al propio tiempo, pudiera ser expulsado con destino al territorio de otro donde su vida o su libertad pudieran correr peligro.

En este sentido, resulta de interés la práctica surgida en el marco de la Unión Europea en aplicación del Reglamento de Dublín (II), adoptado por el Consejo, el 18 de febrero de 2003⁸², y completado por el Reglamento de aplicación n.º 1560/2003, de 2 de septiembre⁸³, que vino a reemplazar las dis-

⁸¹ A raíz del recurso planteado por el Parlamento Europeo resultaron anulados los artículos 26, párrafos 1 y 2, y 36, mediante sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 6 de mayo de 2008, por entender que en ellos se permitía al Consejo adoptar las listas por mayoría cualificada, previa la realización de una simple consulta al Parlamento, sin respetar el procedimiento de codecisión.

⁸² Cfr. Reglamento n.º 343/2003 del Consejo de la Unión Europea, de 18 de febrero de 2003, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país. *DOUE* de 25 de febrero de 2003.

⁸³ Cfr. Reglamento n.º 1560/2003 de la Comisión por el que se establecen las disposiciones de aplicación del Reglamento n.º 343/2003 del Consejo de la Unión Europea, de 18 de febrero de 2003, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país. *DOUE* de 5 de septiembre de 2003.

posiciones de la Convención de Dublín relativas a la determinación del Estado responsable del examen de una demanda de asilo presentada en uno de los Estados miembros de las Comunidades Europeas, firmado el 15 de junio de 1990. En virtud de lo dispuesto en su articulado, la persona que entre en territorio comunitario y pretenda solicitar asilo debe hacerlo ante las autoridades del país al que accede en primer lugar, de tal modo que, si no lo hace, y se dirige al territorio de otro Estado miembro, este último tiene la facultad de trasladar al individuo al Estado considerado «responsable» de resolver la solicitud, según los criterios establecidos en el propio Reglamento⁸⁴. Pues bien, el Estado que entrega al solicitante de asilo a otro Estado miembro de la UE debe hacerlo siempre y cuando esté garantizado el respeto de su vida y su libertad.

De la jurisprudencia dictada por el TEDH parecía desprenderse que, por principio, nunca la devolución de un refugiado en aplicación del Reglamento de Dublín había producido una violación de los artículos 2 o 3 del Convenio, o dicho de otro modo, que todos los Estados parte eran Estados seguros⁸⁵. Fue la sentencia dictada por el TEDH en el caso *M.S.S c. Bélgica y Grecia*⁸⁶, en enero de 2011, la primera en la que un Estado miembro de la Unión Europea resultó condenado por el reenvío de un solicitante de asilo al territorio de otro Estado miembro, en aplicación del Reglamento de Dublín. En efecto, la sentencia dictada por el TEDH concluyó la existencia de responsabilidad por parte de los dos Estados demandados, derivada de la violación de la Convención al producirse la expulsión de un ciudadano afgano desde Bélgica hacia Grecia: responsabilidad de Bélgica, por entender que el demandante fue enviado a un Estado que dispone de un procedimiento de asilo claramente insatisfactorio, por las condiciones de detención y de vida de los demandantes de asilo en Grecia⁸⁷, y por último, por la inexistencia de un recurso efectivo contra la decisión que

⁸⁴ Cfr. artículos 5 a 14 del Reglamento 343/2003.

⁸⁵ Cfr. *T.I. c. Reino Unido*, Decisión declarando la inadmisibilidad de la demanda, 7 de marzo de 2000; *K.R.S c. Reino Unido*, Decisión declarando la inadmisibilidad de la demanda, 2 de diciembre de 2008.

⁸⁶ Cfr. *M.S.S c. Bélgica y Grecia*, STEDH de 21 enero de 2011. En la doctrina, cfr. C. RAUX, «La politique d'asile de l'Union Européenne dans le viseur de la Cour Européenne des Droits de L'Homme. Cour Européenne des droits de l'homme. Gde Ch., MSS c. Belgique et Grèce, 21 janvier 2011», *Révue Trimestrelle des Droits de L'Homme*, 2011, pp. 1024-1044; M. DIAZ CREGO, «El asunto MMS c. Bélgica y Grecia, de 21 de enero de 2011: ¿hacia un replanteamiento del sistema Dublín tras la condena del TEDH?», *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 40, 2011, pp. 523-552.

⁸⁷ Cfr. las siguientes sentencias en las que se ha condenado a Grecia por violación del artículo 3 de la Convención, en relación con las condiciones de detención y de vida de los solicitantes de asilo en Grecia: *S. D c. Grecia*, STEDH de 11 de junio de 2009, parágr. 49-54; *Tabesh c. Grecia*, STEDH de 26 de noviembre de 2009, parágr. 38-44; *A.A c. Grecia*, STEDH de 22 de julio de 2010, parágr. 57-65.

le exponía a tratos contrarios al artículo 3⁸⁸, máxime cuando el propio artículo 3.2 del Reglamento de Dublín incluye la «cláusula de soberanía» que hubiera permitido a Bélgica adoptar una decisión distinta. La sentencia condena a la propia Grecia, por una parte, por las condiciones de detención⁸⁹ y de existencia⁹⁰ a las que somete el Estado griego a los solicitantes de asilo, aun cuando algunos han considerado que el Tribunal valoró genéricamente la actuación de Grecia, queriendo sancionar con la mayor firmeza posible a las autoridades griegas por lo que es una actitud o comportamiento general, no necesariamente referido en su integridad al demandante⁹¹; y por otra, por la inexistencia de un recurso efectivo contra una orden de expulsión, lo que podría dar lugar a la violación del principio de no devolución⁹².

La sentencia dictada por el TEDH puso en tela de juicio la doble presunción de la que parte el sistema Dublín II: por una parte, la presunción de que todos los Estados miembros respetan el principio de no devolución; por otra, la presunción de que todos los Estados miembros son países seguros para los nacionales de terceros⁹³. De este modo, el TEDH condena de manera frontal el tratamiento que reciben los demandantes de asilo en Grecia, Estado que ha pasado a ser un país no seguro, lo que impide en estos momentos la expulsión de extranjeros hacia ese Estado⁹⁴.

Abordada esta misma cuestión por el TJUE unos meses más tarde, éste dictó una sentencia en la que se establecieron los criterios que debe adoptar el

⁸⁸ Cfr. ACNUR, *Posición del ACNUR relativa al retorno de solicitantes de asilo a Grecia de conformidad con el Reglamento de Dublín*, 15 de abril de 2008. Tal y como señala la propia sentencia del TEDH, Bélgica no tenía obligación de expulsar a esas personas a Grecia puesto que podía y debía haber hecho uso de la cláusula de soberanía del artículo 3.2 del Reglamento de Dublín. Cfr. sobre el particular ACNUR, *Nota informativa del ACNUR sobre las prácticas nacionales en la aplicación del artículo 3.2 del Reglamento de Dublín II, en particular en el contexto de las propuestas de traslado a Grecia*, 16 de junio de 2010.

⁸⁹ La sentencia destaca la falta de higiene de algunas celdas, la existencia de una única cama para catorce personas en otras, la restricción del acceso a los servicios o el calor sofocante, cfr. *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, *op. cit.*, parágr. 230.

⁹⁰ El Tribunal considera que la pasividad de las autoridades griegas frente a la solicitud de asilo del demandante, así como la lentitud con la que se instruyó el expediente fueron actos constitutivos de un trato humillante, cfr. parágr. 258-260 y 262.

⁹¹ Cfr. C. RAUX, «La politique d'asile de l'Union Européenne Dans le visuel de la Cour Européenne des Droits...», *op. cit.*, pp. 1027 y 1032-1033.

⁹² Cfr. *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, STEDH de 21 de enero de 2011, parágr. 321: «la Cour conclut à une violation de l'article 13 de la Convention combiné avec l'article 3 en raison des défaillances dans l'examen par les autorités grecques de la demande d'asile du requérant et du risque encouru par celui-ci d'être refoulé directement ou indirectement vers son pays d'origine, sans un examen sérieux du bien-fondé de sa demande d'asile et sans avoir eu accès à un recours effectif».

⁹³ Considerando 2 del Reglamento 343/2003.

⁹⁴ Cfr. C. RAUX, «La politique d'asile de l'Union Européenne Dans le visuel de la Cour Européenne des Droits...», *op. cit.*, p. 1026.

Estado en el caso de que, tras examinar el caso concreto, llegue a la conclusión de que no puede entregar al solicitante de asilo al Estado responsable por no poder ignorar «que las deficiencias sistemáticas del procedimiento de asilo y de las condiciones de acogida de los solicitantes de asilo en ese Estado miembro constituyen motivos serios y acreditados para creer que el solicitante correrá un riesgo real de ser sometido a tratos inhumanos o degradantes»⁹⁵. La sentencia del TJUE avala lo establecido por el TEDH en la sentencia *MMS y otros c. Bélgica* y señala expresamente que, a la hora de valorar los riesgos reales a los que se enfrenta el solicitante de asilo, los Estados deben tener en cuenta elementos como los mencionados por el TEDH —informes del ACNUR, del Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa o de ONGs nacionales e internacionales, como Amnistía Internacional, Human Rights Watch, Pro-Asyl o el Consejo Europeo de Refugiados y exilados⁹⁶—. El TJUE considera que una aplicación del Reglamento n.º 343/2003 basada en la presunción irrefutable de que se respetarán los derechos del solicitante de asilo en el otro Estado miembro es incompatible con la obligación de los Estados de respetar los derechos fundamentales⁹⁷.

En la actualidad el TEDH tiene decenas de asuntos pendientes en los que se cuestiona la responsabilidad de algunos Estados miembros de la Unión —en particular, Países Bajos, Finlandia, Bélgica, Reino Unido y Francia— por individuos que temen ser expulsados desde esos Estados al territorio de otros donde podrían ver violados algunos de sus derechos, ya sea por las condiciones de detención, por la debilidad de los sistemas nacionales de reconocimiento de la condición de refugiado, o por el peligro de ser devueltos desde allí al territorio de un tercer Estado en el que su vida o su libertad pudieran correr peligro.

3. Prohibición de la expulsión de los apátridas

Se entiende por apátrida la situación de toda persona que «no sea considerada nacional suya por ningún Estado, conforme a su legislación»⁹⁸, concretamente que no sea considerada como nacional por ninguno de los Estados

⁹⁵ Cfr. STJUE (Gran Sala), 21 de diciembre de 2011, parágr. 94. Los criterios a aplicar por el Estado se especifican en los párrafos 95 a 98 de la sentencia. Para ver un comentario de la sentencia, cfr. F. GAZIN, «Du bon emploi du règlement “Dublin II” sur la détermination de l’État européen responsable d’une demande d’asile: quand l’affaire NS du 21 décembre 2011 remet à l’honneur les valeurs européennes essentielles...», *Actualité du Droit de L’Union Européenne*, n.º 3, 2012, pp. 9-12.

⁹⁶ Cfr. Sentencia TJUE (Gran Sala), 21 de diciembre de 2011, parágr. 91.

⁹⁷ *Ibid.*, parágr. 98-100.

⁹⁸ Sobre la definición de apátrida, cfr. «Directrices sobre la apatridia, n.º 1: La definición de “Apátrida” en el artículo 1(1) de la Convención sobre el estatuto de los Apátridas de 1954», HCR/GS/12/01, 20 de febrero de 2012.

con los que la persona mantenga algún vínculo relevante, como por ejemplo haber nacido en su territorio, haber tenido descendencia en ese Estado, residir habitualmente en él o por haber contraído allí matrimonio. Aunque existe una Convención para la reducción de los casos de apatridia desde el año 1961, lo cierto es que aún hoy en día existen, según los cálculos del ACNUR, alrededor de 12 millones de apátridas en el mundo, más de la mitad de los cuales son niños⁹⁹. Esta circunstancia puede ser el resultado de una anomalía jurídica —supuestos en los que una persona pierde su nacionalidad de origen sin adquirir una nueva, como ha ocurrido en ocasiones a las mujeres como consecuencia del matrimonio, o en supuestos de niños nacidos en un país que se rige por el *ius sanguinis* de padres nacionales de un Estado que se rige por el *ius solii*. En otras ocasiones, la apatridia puede ser el resultado de la decisión de un Estado de privar a una persona de su nacionalidad. No obstante, el Convenio para la reducción de los supuestos de apatridia prohíbe que los Estados priven a una persona de su nacionalidad si con ello se coloca a la persona en una situación de apatridia¹⁰⁰.

El principio de no expulsión de los apátridas ya aparecía recogido en las *Reglas internacionales sobre la admisión y expulsión de extranjeros* aprobadas por el IDI en septiembre de 1892, a las que ya nos hemos referido en otro lugar. En ellas se señalaba que «En principio, un Estado no debe prohibir el acceso a su territorio o la residencia en él a sus súbditos, ni a quienes, después de haber perdido la nacionalidad de ese Estado, no han adquirido ninguna otra». La Convención de Nueva York de 1954 recoge en su artículo 31, siguiendo el modelo del Convenio sobre Refugiados, el principio de no expulsión de los apátridas que se encuentren legalmente en el territorio de un Estado, salvo que concurren razones de seguridad nacional o de orden público, y siempre que se realice de conformidad con los procedimientos vigentes. Apátridas y refugiados aparecen regidos por principios similares, aunque son realidades distintas con problemas distintos: por ejemplo, la carencia de nacionalidad de los apátridas hace que encontrar un Estado al que poder expulsarles se convierta en una misión casi imposible. Y es que en el caso de que un Estado pretenda expulsar a un apátrida ningún otro estaría obligado a admitirlo en su territorio y el interés de hacerlo se vería mermado gravemente teniendo en cuenta que si la expulsión se produce es porque la persona en cuestión ha menoscabado la seguridad del Estado que le expulsa, su orden público o por constituir una grave amenaza para éste, de ahí que las gestiones del propio apátrida destinadas a conseguir su admisión legal en otro Estado —tal y como prevé el artículo 31.3 del Convenio de 1954— puedan resultar infructuosas¹⁰¹. Por todo ello, el re-

⁹⁹ Cfr. <http://www.acnur.es/noticias/notas-de-prensa/812-el-trato-desigual-a-las-mujeres-genera-apatridia-al-menos-en-25-paises>.

¹⁰⁰ Cfr. Convenio para reducir los supuestos de apatridia de 1961, artículo 8.

¹⁰¹ Cfr. artículo 31.3 del Convenio de Nueva York de 1954 sobre el estatuto de los apátridas.

lador especial propuso que, a modo de desarrollo progresivo, el Estado autor de la expulsión debería intervenir en la búsqueda de un Estado de acogida para el apátrida¹⁰².

Por otra parte, dada la referencia del artículo 31 a la prohibición de la expulsión de los apátridas que se encuentren legalmente en el territorio, debemos analizar quiénes son éstos y en qué situación se encuentran aquellos que no encajan en tal descripción, esto es, los apátridas que se encuentren irregularmente en el territorio de un Estado. Con respecto a la primera cuestión, consideramos que además de las personas que se convierten en apátridas cuando ya están en el territorio del Estado de acogida, que serán las menos, cabría mencionar la situación de aquellos otros que siendo apátridas entran ilegalmente en el territorio del Estado por carecer de los documentos necesarios para solicitar su admisión en otro país, que será el supuesto más habitual¹⁰³. Por todo ello, compartimos la opinión de Kamto cuando señala que la prohibición de expulsión debería extenderse genéricamente a cualquier apátrida, sin necesidad de calificar su presencia en el estado de acogida como legal o ilegal, aun cuando en buena lógica se debe mantener cierta cautela en los supuestos de utilización fraudulenta de la condición de apátrida¹⁰⁴.

Lo ocurrido en el caso *Abou Amer c. Rumanía* sirve para ilustrar las dificultades ante las que se puede encontrar un apátrida en el caso de que un Estado decida su expulsión. Todo comenzó cuando el Fiscal del Tribunal de Apelación de Bucarest dictó una orden, más tarde confirmada por el propio Tribunal, por la que declaraba a Abou Amer —apátrida de origen palestino, nacido en Egipto, casado con una mujer rumana y padre de una hija en ese país— persona *non grata*, y por la que se ordenaba su expulsión de Rumanía por un período de diez años, puesto que según se alegaba en la orden había «suficientes y serias informaciones» de que estaba «comprometido en actividades capaces de poner en peligro la seguridad nacional». Al margen de que el TEDH concluyera que no se habían demostrado las razones por las que el demandante constituía una amenaza a la seguridad nacional, y calificara la decisión de arbitraria, y, en consecuencia, adoptada en infracción del artículo 8 de la Convención, la situación en la que se vio envuelto Abou Amer fue la siguiente: la familia Amer había ido a visitar a sus parientes en Egipto en marzo de 2003. En su ausencia se dictaron las órdenes de expulsión anteriormente referidas, de modo que, cuando el 6 de abril trataron de volver a entrar en Rumanía, fueron informados de la existencia de una orden de expulsión contra el Sr. Amer, de la imposibilidad de entrar en Rumanía y de la obligación de abandonar el aeropuerto de Bucarest. Unas horas después, el Sr. Amer decidió comprar un billete de avión a Zúrich, embarcando en un vuelo con ese destino. Sin embar-

¹⁰² Cfr. *Tercer Informe para la expulsión de extranjeros*, *op. cit.*, parágr. 94-95.

¹⁰³ *Ibid.*, parágr. 88.

¹⁰⁴ *Ibid.*, parágr. 86.

go, las autoridades suizas le denegaron la entrada, motivo por el cual volvió a Rumanía. Con posterioridad, fueron las autoridades rumanas quienes trataron de enviar al demandante a Egipto, país que, como antes había hecho Suiza, le denegó el acceso y lo devolvió a Rumanía al día siguiente. Las autoridades rumanas mantuvieron al Sr. Abou Amer en zona de tránsito en el aeropuerto, y más tarde en el Centro Otopeni para la «recepción, selección y alojamiento de extranjeros», mientras trataban de resolver la situación. Finalmente, y tras varios meses de espera, los demandantes tuvieron conocimiento de que Suecia autorizaría su entrada en el territorio, razón por la que toda la familia tomó la decisión de partir con destino a ese país¹⁰⁵. Fue la buena voluntad del estado sueco la que sirvió para acabar con las peripecias vitales del Sr. Abou Amer para encontrar un Estado de acogida tras su expulsión, dada su condición de apátrida. Como señalábamos, el TEDH condenó a Rumanía por la violación de un derecho reconocido en el convenio —derecho a la vida privada y familiar del artículo 8— puesto que no había fundamento legal para la expulsión: no se había justificado lo más mínimo el peligro que el Abou Amer supuso para la seguridad nacional. Lo señalado en el apartado relativo a la expulsión de refugiados sobre las excepciones de orden público y seguridad nacional resultan igualmente aplicables en relación con los apátridas.

Para concluir, a nuestro juicio, resulta llamativo que, habiendo sido tratadas de forma muy similar las Convenciones de 1951 y 1954, no se incluyera en esta última una disposición paralela a la contenida en el artículo 33 que se refiere al principio de no devolución de refugiados. No obstante, consideramos oportuno recordar que el principio de no devolución, en supuestos de peligro de tortura o de imposición/ejecución de la pena de muerte, al menos en el caso de Estados abolicionistas¹⁰⁶, resulta igualmente aplicable a los apátridas, regulares o no, de conformidad con lo establecido en el Derecho internacional de los derechos humanos.

4. Prohibición de las expulsiones colectivas

La práctica de las expulsiones colectivas no es un fenómeno nuevo. Tradicionalmente relacionadas con situaciones de conflicto armado, lo cierto es que se han producido y se producen tanto en tiempos de paz como de guerra¹⁰⁷. Sin embargo, hubo que esperar hasta 1963 para encontrar la primera prohibición explícita de las expulsiones colectivas en el artículo 4 del Protocolo n.º 4 al Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 1963. Con posterioridad otros

¹⁰⁵ Cfr. *Abou Amer c. Rumania*, STEDH de 24 de mayo de 2011, parágr. 1-18.

¹⁰⁶ Cfr. *infra* apartados III.1 y III.2.

¹⁰⁷ Cfr. *Tercer informe sobre expulsión de extranjeros*, Maurice Kamto, Relator Especial, A/CN.4/581, parágr. 98 a 103.

textos internacionales de carácter regional se han referido a esa misma prohibición, entre los que cabe mencionar la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969¹⁰⁸, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981¹⁰⁹, la Carta Árabe de Derechos Humanos de 1994¹¹⁰, o la Carta de Derechos Fundamentales de 2000, que incluye una disposición, el artículo 19.1, en la que se prohíben explícitamente las expulsiones colectivas, aunque no las llega a definir. Sí lo hace la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, aunque utilizando una expresión distinta, la de «expulsión en masa», y que, según se señala en la disposición «engloba a grupos nacionales, étnicos, raciales o religiosos», por tanto, grupos humanos específicos. A nuestro modo de ver, sin embargo, la expulsión colectiva puede afectar a cualquier grupo humano; de ahí que defendamos la definición más amplia mantenida por la Comisión Europea de Derechos Humanos en el caso *Becker c. Dinamarca*, esto es, «cualquier medida de la autoridad competente que obligue a los extranjeros, como grupo, a abandonar un país»¹¹¹. De lo dicho hasta el momento se podría concluir que la prohibición de expulsiones colectivas tiene un alcance exclusivamente regional. Sin embargo, estamos de acuerdo con el Relator Especial cuando advierte que «podría sugerirse que en esta materia existe un principio general de Derecho internacional “reconocido por las naciones civilizadas” que prohíbe las expulsiones colectivas», pues, el mismo aparece contenido en tres instrumentos regionales ratificados por gran parte de los miembros de la Comunidad Internacional y «a fin de cuentas, el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia no exige que el principio general esté reconocido por todas las naciones civilizadas»¹¹². De hecho, el Proyecto de artículo 10 sobre expulsión de extranjeros, aprobado provisionalmente en primera lectura por el Comité de Redacción, recoge la prohibición de las expulsiones colectivas, entendiendo por tales las expulsiones de extranjeros «en cuanto grupo»¹¹³.

¹⁰⁸ El artículo 22.9 de dicha Convención señala «Está prohibida la expulsión colectiva de extranjeros».

¹⁰⁹ El artículo 12.5 de la Convención «Está prohibida la expulsión en masa de extranjeros».

¹¹⁰ Adoptada el 15 de septiembre de 1994 y en vigor desde 2008. El artículo 26.2, *in fine* de su texto establece que «se prohíbe la expulsión colectiva en todos los casos».

¹¹¹ Cfr. Decisión de la Comisión sobre admisibilidad de 3 de octubre de 1975 en el caso *Henning Becker c. Dinamarca*, p. 235.

¹¹² Cfr. *Tercer Informe sobre expulsión de extranjeros, op. cit.*, parágr. 113 a 115. En el mismo sentido, Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante, UN Doc., A/HRC/7/12, 25 de febrero de 2008, parágr. 49, nota a pie 36.

¹¹³ El proyecto de artículo 10 establece lo siguiente: «1. A los fines del presente proyecto de artículos se entenderá por expulsión colectiva la expulsión de extranjeros en tanto que grupo. 2. La expulsión colectiva de extranjeros, incluidos los trabajadores migratorios y sus familiares, está prohibida. 3. Un Estado podrá expulsar simultáneamente a los miembros de un

Han sido varias las demandas presentadas, primero ante la Comisión Europea de Derechos Humanos y más tarde ante el Tribunal, con la pretensión de que se condenase a Estados partes en el Protocolo n.º 4 por infracción del artículo 4, demandas que no consiguieron prosperar por distintas razones¹¹⁴. Sin embargo, en la causa *Čonka y otros c. Bélgica*¹¹⁵ el Tribunal Europeo de Derechos Humanos abordó por primera vez la cuestión. En este caso, varios ciudadanos eslovacos plantearon una demanda contra Bélgica por entender que habían sido detenidos con engaño para su posterior expulsión del país en el marco de una expulsión colectiva, sin haber sido previamente informados de las causas por las que se adoptaba una medida semejante, y sin haber tenido ocasión de someter su análisis ante una instancia nacional, pues carecieron de un recurso efectivo contra la decisión de expulsión. El Tribunal declaró en su sentencia que Bélgica había infringido el artículo 4 del Protocolo n.º 4, puesto que, teniendo en cuenta las pruebas presentadas, no podía afirmarse que se hubiera realizado un análisis individualizado del caso de cada uno de los demandantes ya que la única referencia a la situación particular de los interesados que figuraba en la decisión de expulsión se refería al hecho de que su estancia en Bélgica superaba los tres meses, sin que se hiciera ninguna alusión a la solicitud de asilo que los demandantes habían presentado, ni a las decisiones administrativas y judiciales que se habían adoptado al respecto. En esas circunstancias, el TEDH concluyó que, a la vista del número de personas del mismo origen que habían corrido idéntica suerte que los demandantes, el procedimiento seguido no permitía hacer desaparecer por completo las dudas respecto del carácter colectivo de la expulsión impugnada. Las dudas expresadas por el Tribunal se veían reforzadas por una serie de hechos tales como el que las autoridades políticas belgas hubieran anunciado con carácter previo a la expulsión que se iba a proceder a interrogar a un cierto número de extranjeros, para lo cual habían dado instrucciones a las autoridades competentes; que hubieran pedido a todos los extranjeros afectados que se personaran al mismo tiempo en la comisaría de policía; que la redacción de las órdenes por las que

grupo de extranjeros siempre que la medida de expulsión se adopte al término y sobre la base de un examen razonable y objetivo de la situación particular de cada uno de los miembros que integran el grupo 4. El presente proyecto de artículos se entiende sin perjuicio de las normas de derecho internacional aplicables a la expulsión de extranjeros en caso de un conflicto armado en que participe el Estado autor de la expulsión». Cfr. el texto del proyecto de artículo y el comentario al mismo en UN Doc. A/67/10, pp. 35-37.

¹¹⁴ Esencialmente, porque aunque se había producido la expulsión de personas de la misma nacionalidad, éstas habían tenido lugar tras un examen individualizado de las distintas causas.

¹¹⁵ Los demandantes —Ján Čonka, su esposa y sus dos hijos, de nacionalidad eslovaca— residían en Bélgica, donde habían solicitado asilo. Una resolución dictada por el Ministro del Interior el 18 de junio de 1999 desestimaba su solicitud de asilo y se los instaba a abandonar el territorio en el plazo de cinco días, cfr. *Čonka y otros c. Bélgica*, STEDH de 5 de febrero de 2002, parágr. 61.

se les instaba a abandonar el territorio fuera idéntica en todos los casos; o que la expulsión se produjera cuando el procedimiento de solicitud de asilo no había concluido¹¹⁶.

Pero no se trata de un caso aislado. Otros Estados siguen llevando adelante la práctica de expulsiones colectivas: así, por ejemplo, entre junio y septiembre de 1999 fueron expulsados de la República Dominicana un total de 60.000 haitianos; a lo largo del año 2005 Francia expulsó a 12.849 extranjeros, cuando el Ministro de Interior había fijado con carácter previo el objetivo de expulsar a 23.000 extranjeros irregulares; Bélgica había expulsado en el año 2003 a más de 14.000 personas. Como señala el Relator respecto de todos estos casos, y a la vista de las cifras, cabe preguntarse si no se trató de expulsiones colectivas, pues es más que dudoso que cada caso fuera objeto de un análisis razonable y objetivo¹¹⁷.

Más recientemente, el contexto de crisis económica mundial y los cambios sociales y políticos experimentados en el norte de África y en Oriente Medio han hecho que muchos seres humanos de distintas partes del globo sientan la necesidad de huir de sus países de origen con el fin de buscar una vida mejor y más segura, lo que ha traído consigo nuevos desafíos en el ámbito de la gestión de la inmigración clandestina. De ahí la importancia de la sentencia dictada por el TEDH el 23 de febrero de 2012 en el asunto *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, sentencia que podría ser calificada de histórica, pues es la segunda en la que se considera la existencia de una violación del artículo 4 del Protocolo n.º 4 y que, indefectiblemente, debe traer consigo un cambio en el proceder de los Estados. Y es que, el TEDH ha dejado claro que no todo vale en la lucha contra la inmigración irregular.

Los hechos ocurrieron del siguiente modo: el día 6 de mayo de 2011, veinticuatro extranjeros (once somalíes y trece eritreos), que formaban parte de un grupo de unas doscientas personas que habían abandonado Libia a bordo de tres embarcaciones con la pretensión de llegar a las costas italianas, fueron interceptados por tres buques de Estado italianos cuando se encontraban a 35 millas marinas al sur de la isla de Lampedusa, llevados a bordo de estos últimos y conducidos a Trípoli para su posterior entrega a las autoridades de ese país¹¹⁸. Según se desprende de los hechos probados descritos en la sentencia, durante el viaje no hubo proceso de identificación alguno de las personas que habían sido embarcadas, no fueron informados de su verdadero destino —que no era Italia, como ellos creían, sino Libia, ni de su derecho a solicitar asilo. Al día siguiente, tras producirse la entrega, el Ministro de Interior italiano declaró públicamente que las operaciones de interceptación fueron realizadas en alta mar y que

¹¹⁶ Cfr. *Čonka y otros c. Bélgica*, *op. cit.*, parágr. 61-63.

¹¹⁷ Cfr. Tercer informe del Relator Especial, *op. cit.*, parágr. 114, nota a pie 130.

¹¹⁸ Cfr. relato de los hechos en *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, STEDH de 23 de febrero de 2012, parágr. 11.

el reenvío de los pasajeros a Libia era consecuencia de la entrada en vigor del acuerdo bilateral concluido entre Italia y Libia, de 4 de febrero de 2009 —que modificaba otro anterior de 29 de diciembre de 2007— y cuyo propósito consistía en reforzar la colaboración de ambos al objeto de poner fin a la inmigración irregular¹¹⁹. En los días sucesivos casi quinientos inmigrantes clandestinos habían corrido la misma suerte, también en aplicación del mencionado tratado, según informó el propio Ministro de Interior italiano ante el Senado¹²⁰.

Algunas de las personas implicadas en el proceso de expulsión plantearon una demanda ante el TEDH por entender que habían sido víctimas de la violación de varios derechos, entre ellos el haber sido víctimas de una expulsión colectiva. Italia negó la mayor pues defendía que no se había tratado de un supuesto de expulsión sino de una prohibición de entrada legítima¹²¹, porque los demandantes no se encontraban en territorio italiano ni habían franqueado ilegalmente la frontera del Estado, de ahí que no se pudiera afirmar la existencia de una violación del artículo 4 del Protocolo n.º 4. Los demandantes, por su parte, alegaron que «une approche évolutive devrait amener la Cour à reconnaître l'applicabilité de l'article 4 du Protocole n.º 4 dans la présente affaire». Desde su punto de vista, una interpretación funcional y teleológica de la disposición lleva a afirmar que el propósito de la misma es impedir a los Estados que trasladen forzosamente a un grupo de extranjeros a otro Estado, de forma sumaria, y sin examinar su situación individual. Por ello, continuaban señalando los demandantes, esta prohibición debería aplicarse igualmente cuando la medida de alejamiento tiene lugar en alta mar, sin respetar la más mínima formalidad. Sólo así la prohibición sería efectiva y no meramente teórica e ilusoria¹²². Pero, dando un paso más, los demandantes defendieron que, incluso en el caso de que se le reconociera a la disposición un alcance estrictamente territorial, seguiría resultando de aplicación al caso, puesto que la expulsión se produjo desde un buque de pabellón italiano «assimilé par l'article 4 du code italien de la navigation au "territoire italien"»¹²³. Y es que, tal y como advirtió el Alto Comisario de Naciones Unidas para los Derechos Humanos ante el TEDH, el principio de buena fe que debe presidir la exégesis de las disposiciones convencionales obligaría a realizar una interpretación según la cual las expulsiones colectivas practicadas en alta mar están igualmente prohibidas, pues en otro caso los Estados podrían despojarse de las obligaciones contraídas mediante la externalización de los controles fronterizos. En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ya reconoció en el caso *The Haitian Center for Human Rights et al. c. Estados Unidos* que este Estado ha-

¹¹⁹ *Ibid.*, parágrafo. 19 a 21.

¹²⁰ *Ibid.*, parágrafo. 9 a 14.

¹²¹ *Ibid.*, parágrafo. 160.

¹²² *Ibid.*, parágrafo. 162.

¹²³ *Ibid.*, parágrafo. 163.

bía reenviado de manera inaceptable a los migrantes haitianos interceptados en alta mar, sin haberles entrevistado previamente y sin haber procedido a determinar adecuadamente su estatuto, por lo que su comportamiento constituyó una violación del artículo 27 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre¹²⁴.

Los jueces que dictaron sentencia en el caso acudieron en el caso *Hirsi Jamaa y otros c. Italia* acudieron, como no podía ser de otro modo, a los artículos 31 y 32 del Convenio de Viena sobre Derecho de los tratados de 1969. En este sentido, el Tribunal recurrió al texto mismo de la disposición y afirmó que «le libellè de l'article 4 du Protocole n.º 4 ne fait pas, en soi, obstacle à son application extraterritoriale», pues no figura en ella ninguna referencia a la noción de territorio, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en el artículo 3 del propio Protocolo. El TEDH continuó señalando que los trabajos preparatorios del texto convencional no son explícitos en cuanto al ámbito de aplicación del artículo 4. Sin embargo, recordó que en el comentario al proyecto de Protocolo preparado por el Comité de Expertos se decía que el término expulsión debía interpretarse «dans le sens générique que lui reconnaît le langage courant (chasser hors d'un endroit)»¹²⁵, esto es, expulsión entendida en el sentido genérico que se le reconoce en el lenguaje corriente, y «extranjero» referido a los que se encuentran en situación legal o ilegal, ya sean residentes o se encuentren de paso, sean refugiados o apátridas¹²⁶.

Dando un paso más, el Tribunal analizó si una interpretación como la propuesta por los demandantes podría justificarse teniendo en cuenta el sentido y la finalidad de la disposición, interpretados en el contexto actual, pues el CEDH es un instrumento vivo que, como recordó el TEDH, debe ofrecer garantías concretas y efectivas y no meramente ilusorias. La sentencia concluyó que en el caso de que el artículo 4 del Protocolo n.º 4 se aplicara solamente a las expulsiones colectivas efectuadas desde el territorio nacional, una parte importante de las expulsiones contemporáneas quedarían fuera de su alcance, privándole del efecto útil. Por todo ello, afirmó que «ne voit pas d'obstacle à accepter que l'exercice de la juridiction extraterritoriale de cet État a pris la forme d'une expulsion collective», concluyendo que «les éloignements d'étrangers effectués dans le cadre d'interceptions en haute mer par les autorités d'un État dans l'exercice de leurs prérogatives de puissance publique, et qui ont pour effet d'empêcher les migrants de rejoindre les frontières de l'Etat, voire de les refouler vers un autre Etat, constituent un exercice de leur juridiction au sens de l'article 1 de la Convention, qui engage la responsabilité de l'Etat en question sur le terrain de l'article 4 du Protocole 3»¹²⁷.

¹²⁴ Cfr. *The Haitian Center for Human Rights et al. c. Estados Unidos*, op. cit., parágr. 163.

¹²⁵ Cfr. *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, op. cit., parágr. 174.

¹²⁶ *Ibidem*.

¹²⁷ *Ibid.*, parágr. 180.

Ahora bien, la cuestión está en determinar si en un buque se tienen los medios o las herramientas, en definitiva, si se está en disposición de realizar un examen completo, razonable y objetivo de la particular situación de cada individuo del grupo de extranjeros sometidos al proceso de devolución. Y es que, tal y como advirtió el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos la prohibición de expulsión colectiva exige que el examen sea realizado por una autoridad con capacidad de valorar en su totalidad la argumentación ofrecida contra la expulsión, entrenado adecuadamente en los estándares de derecho nacional e internacional, y en posición de corroborar los elementos relevantes en caso necesario. El TEDH constató que la devolución de los inmigrantes a Libia fue realizada sin el más mínimo procedimiento, porque a bordo no había intérpretes ni asesores legales, y no fueron entrevistados con el fin de conocer la situación de cada uno de ellos, de ahí que «l'éloignement des requérants a eu un caractère collectif contraire à l'article 4 du Protocole n.º 4. Partant, il y a eu violation de cette disposition»¹²⁸, y ligado a todo lo anterior, una violación del derecho a un recurso efectivo¹²⁹.

En el momento en que cerramos el presente trabajo hay dos asuntos pendientes ante el TEDH: por una parte, el asunto *F.Z. c. Francia y Grecia*, relativo a un individuo afgano que se considera víctima de una expulsión colectiva; por otra, el caso *Alisha Sharifi y otros c. Italia y Grecia*, referido a 44 individuos (35 afganos, 2 sudaneses, 7 eritreos) que fueron interceptados por la policía de fronteras en distintos puertos italianos y puestos a disposición de las autoridades griegas.

El TEDH ha dejado claro que toda expulsión exige un examen individualizado de cada caso y la adopción de medidas también individuales. Ello no implica que en el caso de expulsiones múltiples las respuestas hayan de ser necesariamente diferentes, ni que la redacción de las órdenes de expulsión haya de ser distinta, siempre y cuando en cada una de ellas se haga referencia a la específica situación de la persona afectada por la misma¹³⁰. Esta idea resulta igualmente aplicable en los casos de expulsiones realizadas más allá de los límites territoriales nacionales siempre y cuando se lleven a cabo en un espacio o en una situación en la que las personas se encuentren bajo el control del Estado. A nuestro modo de ver, es muy improbable, por no decir imposible que en un

¹²⁸ *Ibid.*, parágr. 185, *in fine*, y 186.

¹²⁹ *Ibid.*, parágr. 201 a 207.

¹³⁰ Cfr. en este sentido, *Andric c. Suecia*, STEDH de 23 de febrero de 1999; *Sultani c. Francia*, STEDH de 20 de septiembre de 2007, parágr. 81. Esta exigencia aparece plasmada explícitamente en el artículo 22.1 de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, adoptada en el seno de la Asamblea General el 18 de diciembre de 1990, cuya entrada en vigor se demoró hasta 2003 y cuya literalidad es como sigue: «Los trabajadores migratorios y sus familiares no podrán ser objeto de medidas de expulsión colectiva. Cada caso de expulsión será examinado y decidido individualmente».

buque de Estado navegando en aguas internacionales se den las circunstancias y se cuente con los medios necesarios para que se pueda realizar ese examen individualizado, completo y objetivo con las garantías procesales exigidas tanto del Derecho internacional como nacional¹³¹.

En definitiva, a la vista de lo dispuesto en la sentencia *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, que indudablemente marca un hito en un tema clave, dadas las prácticas recientes de los Estados, las interceptaciones de buques realizadas en alta mar con el propósito de proceder a la devolución automática de las personas al Estado del que procedían o al Estado con el que se hubiera celebrado el correspondiente acuerdo son contrarias al artículo 4 del Protocolo n.º 4. Con el fin de respetar las obligaciones derivadas del derecho internacional de los derechos humanos, con posterioridad a la interceptación y antes de proceder a su devolución a Estado alguno, las personas deben ser identificadas e informadas de sus derechos, entre ellos el derecho de solicitar asilo, con el necesario asesoramiento legal. En otro caso, como decíamos, estaremos en presencia de una expulsión colectiva prohibida por el artículo 4 del Protocolo n.º 4, y por el Derecho internacional general.

III. LÍMITES MATERIALES

Es obvio que, como cualquier persona, el extranjero que se encuentra en el territorio de un Estado goza de la protección de sus derechos más elementales. No obstante, en el contexto de la expulsión algunos de esos derechos necesitan de una especial protección por conformar el denominado «núcleo duro», un núcleo en el que al menos cabe mencionar el derecho a la vida, el derecho a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, el derecho a la vida privada y familiar y el derecho a un juicio equitativo, tal y como ha puesto de relieve la jurisprudencia y la práctica interracional. En las líneas que siguen a continuación nos referiremos a cada uno de ellos.

1. El derecho a la vida y su naturaleza no absoluta: una asignatura aún pendiente

Afirmar el derecho a la vida de los extranjeros que se hallan en el territorio de un Estado es una obviedad, puesto que como cualquier ser humano

¹³¹ Cfr. en este sentido, lo afirmado por el ACNUDH cuando afirma que «where a group of non nationals are intercepted at sea, it will therefore generally be imposible to carry out the necessary individualized examination on the intercepting ship with a view to immediately expelling in a proper manner those intercepted», Cfr. *Intervener brieffile don behalf of the United Nations High Commissioner for Human Rights*, parágr. 47. En el mismo sentido, M. GIUFFRÉ, «Watered-down Rights on the High Seas: Hirsi Jamaa and Others v Italy», *op. cit.*, p. 745.

éstos gozan del derecho más elemental, el derecho a la vida. Es bien sabido, sin embargo, que pese al reconocimiento del mismo en distintos instrumentos internacionales nos hallamos ante un derecho que no es absoluto, por admitir excepciones en determinadas circunstancias. Es verdad, también, que tanto a nivel regional —particularmente a nivel europeo— como a nivel universal, tales excepciones se han ido matizando si no, incluso, haciendo desaparecer.

Así, el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 señala en su primer párrafo que «El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente», para señalar a continuación en su segundo párrafo que «En los países en que no hayan abolido la pena capital sólo podrá imponerse la pena de muerte por los más graves delitos y de conformidad con leyes que estén en vigor en el momento de cometerse el delito y que no sean contrarias a las disposiciones del presente Pacto ni a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio. Esta pena sólo podrá imponerse en cumplimiento de sentencia definitiva de un tribunal competente». De modo que la prohibición no era absoluta. Fue el segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado en 1989 el que modificó el alcance del derecho a la vida en el marco del Protocolo pues excluyó la posibilidad de dictar la pena de muerte contra persona alguna situada bajo la jurisdicción de uno de sus Estados partes, aunque admitió su mantenimiento como excepción en tiempos de guerra¹³².

A nivel regional, aunque el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 recogía en el artículo 2 el derecho de todas las personas a la vida, de un modo similar al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, advertía que podía procederse a la privación de la vida en ejecución de una pena dictada por un tribunal de conformidad con el principio de legalidad. El Protocolo n.º 6 adoptado en 1983 prohibió la pena capital en tiempos de paz¹³³ y unos

¹³² El tratado entró en vigor el 11 de julio de 1991 de conformidad con lo establecido en su artículo 8.1. En la actualidad son 74 los Estados parte en el mismo: Albania, Andorra, Argentina, Alemania, Australia, Austria, Azerbaiyán, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Brasil, Bulgaria, Canadá, Cabo Verde, Chile, Chipre, Colombia, Costa Rica, Croacia, Dinamarca, Ecuador, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Filipinas, Finlandia, Francia, Georgia, Grecia, Honduras, Hungría, Irlanda, Islandia, Italia, Kirguistán, Liberia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Macedonia, Malta, México, Moldavia, Mónaco, Mongolia, Montenegro, Mozambique, Namibia, Nepal, Nicaragua, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Panamá, Paraguay, Portugal, Reino Unido, República Checa, Rumania, Rwanda, San Marino, Serbia, Seychelles, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Timor Oriental, Turquía, Turkmenistán, Ucrania, Uruguay, Uzbekistán, Venezuela y Yibuti.

¹³³ El tratado entró en vigor el 1 de marzo de 1985, y hasta el momento ha sido ratificado por 46 Estados miembros del Consejo de Europa, esto es, todos exceptuando la Federación Rusa.

años después, en 2002, el Protocolo n.º 13 al Convenio la prohibió en cualquier circunstancia¹³⁴. Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 reproducía en su artículo 4 la redacción del PIDCP; sin embargo, también se adoptó en el año 1990 el Protocolo para la abolición de la pena de muerte, aunque como en el caso del Pacto permanece abierta la posibilidad de aplicar la pena de muerte en tiempos de guerra para delitos particularmente graves¹³⁵.

Si atendemos al informe sobre condenas a muerte y ejecuciones del año 2012, publicado por Amnistía Internacional, las cifras resultan aún escalofrantes: 141 países han abolido *de iure* o *de facto* la pena de muerte, pero aún son 57 los que la mantienen en su sistema jurídico y la aplican. Así, en el año 2012 fueron 682 las personas ejecutadas en un total de 21 países, excluida China, que, por sí sola, aplicó la pena capital a más personas que el resto de los Estados en su conjunto¹³⁶.

En este estado de cosas, son numerosos los casos en los que se ha cuestionado si la expulsión de un extranjero ha supuesto o podía suponer la violación del derecho a la vida, violación que podía producirse por distintos motivos: por el sometimiento a un proceso judicial a su vuelta, como consecuencia de la comisión de un delito sancionado con la pena capital en ese país; por la ejecución de una pena previamente impuesta, en rebeldía o en su presencia, pero que hubiera sido imposible ejecutar antes de que la persona en cuestión abandonara el país; o incluso por la existencia de factores claros de distinta índole (políticos, sociales, económicos) que hicieran peligrar la vida de esa persona al margen de cualquier proceso judicial.

En el marco universal, la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos ha evolucionado en los últimos años. Si bien en el caso *Ng c. Canadá* el Comité concluyó que la entrega del Sr. Ng a Estados Unidos, donde se exponía a la pena capital por haber sido acusado de la comisión de asesinatos en serie, no suponía una violación del derecho a la vida recogido en el Pacto, porque el artículo 6 del mismo no prohíbe de manera absoluta la pena de muerte¹³⁷, algu-

¹³⁴ El tratado entró en vigor el 1 de julio de 2003, siendo parte en el mismo 43 Estados miembros del Consejo de Europa, esto es, todos exceptuando Armenia, Azerbaijón, Polonia y Federación Rusa.

¹³⁵ El Tratado entró en vigor el 28 de agosto de 1991. En la actualidad son 13 los Estados parte: Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica, Ecuador, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

¹³⁶ Cfr. «Condenas a muerte y ejecuciones en 2012», abril 2013 en <https://doc.es.amnesty.org/cgi-bin/ai/BRSCGI?CMD=VERDOC&BASE=SAI&SORT=-FPUB&DOCR=1&RNG=10&FMT=SAIWEB3.fmt&SEPARADOR=&&INAI=ACT5000113>

¹³⁷ La decisión del Comité contó, sin embargo, con la opinión disidente de ocho de sus miembros, entre ellos la de Fausto Pocar, para quien se había producido una violación directa del artículo 6 del PIDCP por parte de Canadá y no una violación indirecta: «Un Estado parte que ha abolido la pena de muerte está legalmente obligado, conforme a lo dispuesto en el artículo 6

nos años después el propio Comité concluyó en el caso *Judge c. Canadá* que la entrega del Sr. Judge a Estados Unidos constituyó una violación del artículo 6.1 del Pacto, puesto que aunque Canadá no era parte en el segundo Protocolo Adicional al Pacto de Derechos Civiles y Políticos, desde el año 1976 había abolido en su esfera interna la pena de muerte, circunstancia que le llevó a concluir que la expulsión del Sr. Judge constituyó una violación de su derecho a la vida porque Canadá no ejerció la facultad que le reconocía el tratado bilateral de extradición con Estados Unidos de condicionar la entrega a la garantía de no imposición o no ejecución de la pena de muerte. Así, concluyó el dictamen, «el Comité reconoce que no fue el Canadá quien impuso la pena de muerte al autor, pero al expulsarlo a un país donde estaba condenado a muerte, el Canadá aportó el eslabón decisivo a la cadena causal que haría posible la ejecución del autor»¹³⁸. De hecho, la Observación general número 31 (2004) señala literalmente en uno de sus apartados que «la obligación del artículo 2 que exige que los Estados Partes respeten y garanticen los derechos del Pacto a todos los individuos que se encuentren en su territorio y a todas las personas sujetas a su jurisdicción entraña la obligación de no extraditar, deportar, expulsar o retirar de otro modo a una persona de su territorio, cuando hay razones de peso para creer que existe un riesgo real de provocar un *daño irreparable*, como el contemplado por los artículos 6 y 7 del Pacto, sea en el país al que se va a trasladar a la persona o en cualquier otro país al que la persona sea posteriormente trasladada. Las autoridades judiciales y administrativas competentes deben ser conscientes de la necesidad de garantizar el cumplimiento de las obligaciones del Pacto en esos asuntos»¹³⁹.

Por su parte, también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha debido analizar esta cuestión. Uno de los casos paradigmáticos fue el caso *Soering c. Reino Unido*, no referido a un supuesto de expulsión sino de extradición, pero igualmente útil para analizar la visión del Tribunal sobre la cuestión que estamos analizando. El TEDH consideró que Gran Bretaña no violaría el derecho a la vida del Sr. Soering en caso de que procediera a entregarlo a Estados Unidos, país en el que podía ser condenado a la pena máxima, puesto que, situados temporalmente en el año 1989, el Convenio Europeo no prohibía la pena de muerte y Gran Bretaña no era parte en el Protocolo n.º 6 (al que se adhirió

del Pacto, a no reintroducirla. Esta obligación debe referirse tanto a la reintroducción directa dentro de la jurisdicción del Estado como a la reintroducción indirecta, como ocurre en el caso en que el Estado actúa —mediante la extradición, expulsión o retorno forzoso— de manera tal que un individuo que se encuentra dentro de su territorio y está sujeto a su jurisdicción puede quedar expuesto a la pena capital en otro Estado. Por consiguiente, concluyo que en el presente caso ha habido una violación del artículo 6 del Pacto», cfr. CCPR/C/49/D/469/1991, p. 19.

¹³⁸ Cfr. CCPR/C/78/D/829/1998, parágr. 10.6.

¹³⁹ Cfr. Observación General número 1, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, La índole de la obligación jurídica general impuesta, 80.º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 (2004), parágr. 12. La cursiva es nuestra.

en 1999); en su lugar, el Tribunal consideró —como había hecho en otras ocasiones el Comité de Derechos Humanos— que Gran Bretaña violaría el artículo 3 del Convenio, aduciendo las condiciones en las que se produciría la ejecución en Estados Unidos, y más concretamente el tiempo que el demandante debería pasar en el corredor de la muerte, a la espera de que la condena a la pena capital que podría dictarse fuera ejecutada, tomando en consideración sus particulares circunstancias —edad y estado de salud mental en el momento en el que cometió el delito—¹⁴⁰.

Idéntica vía siguió el Tribunal en el caso *Jabari c. Turquía* cuando concluyó que en el caso de que Turquía ejecutara la orden de expulsión a Irán de la Sra. Jabari —donde podía ser condenada a la pena capital mediante lapidación— se hubiera producido una violación de su derecho a no ser sometida a torturas, tratos o penas inhumanos o degradantes. Nada dijo respecto de la violación del derecho a la vida, salvo para señalar que esa pena estaba prevista en la legislación iraní, aunque lo cierto es que la demandante nada alegó al respecto y que por aquel entonces Turquía no era parte en el Protocolo n.º 6 —lo es desde noviembre de 2003— y el Protocolo n.º 13 ni siquiera había sido adoptado todavía¹⁴¹. En su lugar, el Tribunal consideró que existía un riesgo real de que la Sra. Jabari fuera sometida a tratos crueles inhumanos o degradantes (art. 3) en caso de ser enviada a Irán, a causa del modo en el que se produciría la ejecución.

Ha sido la sentencia dictada por el TEDH en el marco del caso *Bader y Kanbor c. Suecia* la única ocasión en la que el Tribunal ha concluido la violación del artículo 2 de la Convención, como consecuencia de la expulsión de un extranjero. En efecto, en este caso el Tribunal consideró que la deportación del reclamante a Siria —país en el que había sido previamente juzgado *in absentia* por complicidad en asesinato y condenado a la pena máxima— hubiera constituido no sólo una violación del artículo 3, sino también una violación del artículo 2, pues concluyó que el proceso en virtud del cual le fue impuesta la pena de muerte en Siria no se celebró con las debidas garantías, tratándose de un claro caso de denegación de justicia¹⁴²; no obstante, el Tribunal consideró innecesario examinar el asunto desde el prisma del Protocolo 13, que, por otra parte, los demandantes nunca alegaron, aun cuando Suecia no planteó objeción

¹⁴⁰ Cfr. *Soering c. Reino Unido*, STEDH de 7 de julio de 1989, parágr. 101 ss.

¹⁴¹ Cfr. *Jabari c. Turquía*, STEDH de 11 de octubre de 2000.

¹⁴² El TEDH concluye que no se examinaron las pruebas orales durante la vista, que todas las pruebas examinadas fueron presentadas por el fiscal, y que ni el acusado ni su abogado estuvieron presentes en la vista. La pena capital fue impuesta tras un juicio injusto, cfr. parágr. 46 ss. En la sentencia dictada por el TEDH en el caso *Ocalan*, la Gran Sala ya señaló que incluso si la pena de muerte estuviera permitida por el artículo 2, una privación arbitraria de la vida sería contraria al Convenio, de modo que la imposición de la pena capital a una persona que no ha gozado de un juicio justo, no estaría permitida, Cfr. *Ocalan c. Turquía*, STEDH (Gran Sala) de 12 de mayo de 2005, parágr. 166.

alguna a que se examinara el asunto tomando como parámetro el citado Protocolo¹⁴³. Ello llevó al juez Cabral Barreto a emitir una opinión coincidente en la que mantuvo que la sentencia debía condenar a Suecia por la violación del artículo 1 del Protocolo 13 puesto que, como Estado parte en el citado Protocolo, se había comprometido de manera absoluta a no imponer la pena de muerte y a no colocar a nadie en una situación en la que corriera el riesgo de sufrir dicho castigo. Señalaba el Juez Cabral Barreto, y nosotros compartimos su opinión, que realmente eran irrelevantes las condiciones en las que se celebró el juicio en Siria y la situación en la que se encontraría el Sr. Bader una vez devuelto a su país de origen, puesto que lo relevante era la violación por parte de Suecia del Protocolo n.º 13¹⁴⁴.

Más recientemente, en el caso *Al Saadon y Mufdhi c. Gran Bretaña* —referido a dos ciudadanos iraquíes en poder de las fuerzas armadas británicas en Irak— el Tribunal fue bastante más allá en los considerandos de la sentencia al afirmar que con la entrega de ambos individuos a las autoridades iraquíes sin obtener previamente garantías de que no iban a ser ejecutados, Gran Bretaña «failed to take proper account of the United Kingdom's obligations under Articles 2 and 3 of the Convention and Article 1 of Protocol No. 13 since, throughout the period in question, there were substantial grounds for believing that the applicants would face a real risk of being sentenced to death and executed»¹⁴⁵. Frente a la argumentación británica de estar cumpliendo con las obligaciones que había contraído en un memorando que había celebrado con Irak, el TEDH afirmó con rotundidad que «it is not open to a Contracting State to enter into an agreement with another State which conflicts with its obligations under the Convention. This principle carries all the more force in the present case given the absolute and fundamental nature of the right not to be subjected to the death penalty»¹⁴⁶. Pues bien, a pesar de todo ello, en la parte dispositiva de la sentencia, el TEDH concluyó que, dada la constatación de la existencia de una violación del artículo 3, no consideraba necesario analizar la cuestión desde la perspectiva del artículo 2 ni del Protocolo n.º 13¹⁴⁷.

De todo cuanto hemos visto, es posible afirmar que en el estado actual del Derecho internacional los Estados que han abolido la pena de muerte —ya sea porque son parte en los tratados internacionales que tienen por objeto su proscripción, ya sea porque han abolido la pena máxima en su legislación nacional— no pueden extraditar, expulsar o, de manera general, entregar a una

¹⁴³ Cfr. *Bader y otros c. Suecia*, STEDH 8 de noviembre de 2005.

¹⁴⁴ Cfr. Opinión coincidente del Juez Cabral Barreto a la sentencia *Bader y Kanbor c. Suecia* citada anteriormente.

¹⁴⁵ Cfr. *Al Saadon y Mufdhi c. Reino Unido*, STEDH de 4 de octubre de 2010, parágr. 143.

¹⁴⁶ *Ibid.*, parágr. 138.

¹⁴⁷ *Ibid.*, parágr. 144-145.

persona a otro que mantiene la pena capital en su legislación sin obtener antes garantías de que ésta no le será impuesta o, si tal imposición fuera ya un hecho, que la misma no será ejecutada¹⁴⁸. Por el contrario, los Estados que aún no han eliminado la pena de muerte de su ordenamiento interno no están sujetos a esta obligación, puesto que, desgraciadamente, no puede afirmarse la existencia de una norma consuetudinaria internacional general que prohíba definitivamente la pena capital.

2. Derecho a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes

A) *El carácter absoluto de la norma que prohíbe la comisión de actos de tortura y su alcance en el ámbito de la expulsión de extranjeros: protección directa e indirecta*

El derecho a no ser sometido a torturas, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes se encuentra reconocido en numerosos convenios internacionales dedicados a la protección de los derechos humanos¹⁴⁹. Se trata de un derecho absoluto, inderogable, tal y como se desprende de distintas disposiciones contenidas en esos mismos tratados¹⁵⁰ y de la práctica de los distintos órganos de control creados en ellos. Así, el TEDH ha manifestado de forma reiterada que la norma que prohíbe la comisión de actos de tortura es absoluta, «cualesquiera que sean las actuaciones de la persona en cuestión, por muy indeseables y peligrosas que éstas sean»¹⁵¹; por su parte, el Comité contra la Tortura viene señalando que el Estado Parte en la Convención contra la Tortura no podrá alegar motivos de orden interno para incumplir una obligación que le incumbe.

Los Estados tienen la obligación de no cometer actos de tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes, ni directa ni indirectamente, circunstan-

¹⁴⁸ Cfr. *infra* las consideraciones sobre la entrega de personas condicionada al ofrecimiento de garantías del respeto de los derechos humanos.

¹⁴⁹ Cfr. artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, artículo 5.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, o el artículo 5 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, además de los tratados dedicados específicamente a la proscripción de la tortura: Convenio de Naciones Unidas de 1984 y Convenio Europeo para la prevención de la Tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes de 1987.

¹⁵⁰ Cfr. artículo 15.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, 4.2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, o el artículo 27.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, entre otros.

¹⁵¹ Cfr. a título meramente ilustrativo *Daoudi c. Francia*, STEDH de 3 de diciembre de 2009 (Argelia), parágr. 64.

cia, esta última, que se produciría en el caso de que un Estado colocara a una persona que estuviera bajo su jurisdicción en una situación en que pudiera ser sometida a cualquiera de tales actos, resultado, por ejemplo, de su extradición, expulsión o devolución a un tercer Estado. En consecuencia, queda prohibido someter a un extranjero a actos de esa naturaleza, pero está igualmente prohibido colocar a ese extranjero en una situación de peligro de ser sometido a tortura al proceder a su entrega a un tercer Estado, tal y como han puesto de relieve tanto el Comité contra la Tortura¹⁵² como el Comité de Derechos Humanos, o el TEDH. Se trata de una obligación que forma parte del derecho consuetudinario e incluso del *ius cogens* internacional¹⁵³, lo que implica la prohibición absoluta de cualquier forma de retorno de una persona a un país en el que corra el peligro de ser sometido a tortura¹⁵⁴.

Son numerosos los casos en los que, por ejemplo, el TEDH ha puesto de manifiesto el carácter inquebrantable de la norma que prohíbe la comisión de actos de tortura, en relación con supuestos de extradición, expulsión o devolución¹⁵⁵. Así, en el caso *Daoudi c. Francia* el TEDH desautorizó a la *Cour Nationale du Droit d'Asile* cuando, tras reconocer que existía un riesgo de que el Sr. Daoudi fuera sometido a tortura en caso de ser devuelto a Argelia, concluyó que el interés del Estado francés —léase, protegerse frente a los presuntos terroristas— era mayor y que, por tanto, la expulsión estaba justificada¹⁵⁶. En estas circunstancias, el TEDH señaló que la ejecución de la decisión de expulsión del Sr. Daoudi hubiera constituido una violación del artículo 3 del Convenio. En una línea similar, en el marco del caso *Sellem c. Italia*, el TEDH condenó a este último Estado por considerar que el Sr. Sellem, acusado también de pertenecer a una organización terrorista, corría el peligro de ser sometido a actos de tortura en el caso de que fuera devuelto, en este caso a Túnez¹⁵⁷. Ni

¹⁵² No en vano el artículo 3 del Convenio establece expresamente que «(n)ingún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura». En un sentido similar, artículo 19.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

¹⁵³ Así se puso de manifiesto en la sentencia dictada por el TPIY en el caso Furundzija, *Judgement*, Trial Chamber, 10 de diciembre de 1998, parágr. 134-164.

¹⁵⁴ Cfr. entre otros muchos *Avedes Harnayak Korban c. Suecia*, CAT/C/21/D/88/1997, 16 de noviembre de 1998 o *Adel Tabourski c. Francia*, CAT/C/38/D/300/2006, Dictamen de 11 de mayo de 2007, parágr. 8.2-8.3.

¹⁵⁵ Cfr. A. FORNEROD, «L'article 3 de la Convention Européenne des Droits de L'Homme et l'éloignement forcé des étrangers: illustrations récents», *Révue Trimestrelle des Droits de L'Homme*, 2010, pp. 315-339.

¹⁵⁶ Cfr. *Daoudi c. Francia*, STEDH de 3 de diciembre de 2009, parágr. 26 a 29 y 64, o *Saadi c. Italia*, STEDH de 28 de febrero de 2008, parágr. 64.

¹⁵⁷ Para supuestos de expulsión aún existiendo riesgo de tortura, por tanto, en violación del artículo 3 del Convenio, cfr. *Sellem c. Italia*, STEDH de 5 de mayo de 2009; *N c. Finlandia*, STEDH de 26 de julio de 2005; *Y.P y L.P c. Francia*, STEDH de 2 de septiembre de 2010; *N. c. Suecia*, STEDH de 20 de julio de 2010; *Yuldashev c. Rusia*, STEDH de 8 de julio de 2010;

motivos de orden público ni de seguridad nacional pueden justificar una expulsión si con ella se somete a la persona expulsada a un peligro real de ser sometida a torturas.

Y es que, tal y como ha puesto de manifiesto el TEDH en distintas ocasiones, la protección que deriva del principio de no devolución en caso de riesgo de tortura es más amplia que la que resulta del *non refoulement* en caso de persecución por motivo de raza, religión, nacionalidad, origen étnico u opiniones políticas¹⁵⁸. Por tanto, un refugiado quizás pudiera ser expulsado de conformidad con la Convención de 1951, pero no conforme al Derecho internacional general en el caso de que su expulsión le pusiera en grave riesgo de ser sometido a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes. Así se puso de manifiesto en el caso *Chahal c. Reino Unido*, cuando el TEDH concluyó: «The prohibition provided by Article 3 against ill-treatment is equally absolute in expulsion cases. Thus, whenever substantial grounds have been shown for believing that an individual would face a real risk of being subjected to treatment contrary to Article 3 (art. 3) if removed to another State, the responsibility of the Contracting State to safeguard him or her against such treatment is engaged in the event of expulsion [...]. In these circumstances, the activities of the individual in question, however undesirable or dangerous, cannot be a material consideration»¹⁵⁹. De modo que aun cuando un refugiado pudiera ser expulsado a otro Estado de conformidad con las previsiones de los artículos 32 o 33 del Convenio de 1951, lo cierto es que las obligaciones contraídas por los Estados, al menos en relación con la prohibición de la tortura, impedirían que tal expulsión pudiera tener lugar, puesto que como expresamente reconoció el TEDH «The protection afforded by Article 3 (art. 3) is thus wider than that provided by Articles 32 and 33 of the United Nations 1951 Convention on the Status of Refugees»¹⁶⁰.

El Estado debe primar la obligación de no cometer actos de tortura sobre cualquier otra obligación derivada, por ejemplo, de un Tratado de Extradición. En caso contrario el Estado que expulsa sería responsable internacionalmente como cómplice de los actos de tortura que el Estado de destino pudiera llegar a cometer¹⁶¹. Se trata de una obligación que ha sido recogida explícitamente

S.H. c. Reino Unido, STEDH de 15 de julio de 2010; *M.B y otros c. Turquía*, STEDH de 15 de junio de 2010; *R.C. c. Suecia*, STEDH de 9 de marzo de 2010.

¹⁵⁸ Cfr. *Saadi c. Italia*, STEDH de 29 de febrero de 2008, parágr. 138; con anterioridad *Ahmed c. Austria*, STEDH de 17 de diciembre de 1996, parágr. 41. En la doctrina, cfr. A. SÁNCHEZ LEGIDO, «Garantías diplomáticas, no devolución y prohibición de la tortura», *REDI*, vol. LX, 2008-1, pp. 10-38, en particular pp. 25-26.

¹⁵⁹ Cfr. *Chahal c. Reino Unido*, STEDH de 15 de noviembre de 1996, parágr. 80. Citas omitidas.

¹⁶⁰ *Ibidem*.

¹⁶¹ Cfr. *Quinto informe sobre la expulsión de extranjeros, op. cit.*, parágr. 70. La sentencia dictada por el TEDH en el caso *Al Saadom y Mufdhi c. Gran Bretaña* señala en su parágr. 128 refiriéndose al caso *Soering* «the obligation under Article 3 of the Convention not to surrender

en los distintos instrumentos internacionales como el Convenio contra la Tortura de 1984¹⁶², pero, además, es una obligación implícita o consustancial a la proscripción general de la tortura, tal y como se desprende, por ejemplo, de la práctica del Comité de Derechos Humanos¹⁶³.

B) *Naturaleza y valoración del riesgo de ser sometido a torturas*

El riesgo de ser sometido a tortura que determina la prohibición de la expulsión debe ser, utilizando las expresiones de los distintos órganos de control, un *peligro presente, real, previsible y personal*¹⁶⁴.

En efecto, el Comité contra la Tortura ha recibido cientos de comunicaciones individuales por presunta violación del derecho a no ser sometido a actos de tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes, de personas inmersas en procesos de extradición o expulsión al territorio de terceros Estados. En este sentido, el Comité viene señalando de manera constante en sus resoluciones que la existencia de un cuadro persistente de violaciones «manifiestas, patentes o masivas» de derechos humanos en el seno de un Estado no constituye motivo suficiente para concluir que una persona vaya a ser sometida a torturas al regresar a ese país; deben existir motivos suplementarios para afirmar la existencia de una situación personal de peligro. En sentido contrario, el Comité ha defendido de manera reiterada que la ausencia de un cuadro de violación persistente de derechos humanos no constituye razón suficiente para concluir

a fugitive to another State where there were substantial grounds for believing that he would be in danger of being subjected to torture or inhuman or degrading treatment or punishment was held to override the United Kingdom's obligations under the Extradition Treaty it had concluded with the United States in 1972». Cfr. en contra M. MILANOVIC, «Al Saadon and Mufdhi Merits Judgment», *EJIL Analysis, EJIL Reports*, 2 de mayo de 2010: «The ECHR is certainly not superior law to a bilateral treaty with a on-state party. Rather, the two treaties were in an unresolvable norm conflict, with the only possible solution to that conflict being political in nature, for example a renegotiation of either one».

¹⁶² El artículo 3.1 señala literalmente que «Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura». Cfr. también artículo 13.4 de la Convención Interamericana contra la Tortura, adoptado el 10 de febrero de 1986, que amplía la obligación de no entregar a la persona al riesgo de ver violados otros derechos, además del de no ser sometida a tortura: «No se concederá la extradición ni se procederá a la devolución de la persona requerida cuando haya presunción fundada de que corre peligro su vida, de que será sometido a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes o de que será juzgada por tribunales de excepción o ad hoc en el Estado requirente».

¹⁶³ Cfr. A. SÁNCHEZ LEGIDO, «Garantías diplomáticas, no devolución y prohibición de la tortura», *op. cit.*, p. 14.

¹⁶⁴ Cfr. entre otras cosas la Observación General n.º 1 (1997) del Comité contra la Tortura, párrafos 6 y 7.

la inexistencia de una situación de riesgo en un caso particular¹⁶⁵. Por su parte, el TEDH ha seguido durante años una línea interpretativa similar, lo que le llevaba a concluir en sus sentencias que una situación de violencia generalizada contra determinados grupos dentro de un Estado no era motivo suficiente como para considerar que la expulsión de uno de sus miembros a ese Estado pudiera constituir una violación indirecta del artículo 3¹⁶⁶.

Sin embargo, tal y como ha puesto de relieve Sánchez Legido, en los últimos tiempos el TEDH parece mantener que, ante un cuadro persistente de torturas contra un grupo específico en el territorio de un Estado, el mero hecho de pertenecer al grupo afectado se convierte en un elemento suficiente para que se concluya la obligación del Estado de no proceder a la expulsión. Quizás fue la sentencia dictada en el caso *Shalah Sheekh c. Países Bajos* la que constituyó el punto de inflexión. En ella, el TEDH afirmó que la expulsión del demandante, miembro de una minoría somalí hacia una zona relativamente segura de Somalia, supuso una violación del artículo 3 del CEDH, teniendo en cuenta que el demandante pertenecía a una minoría —la minoría Asraf— que no encuentra protección de otros clanes, ni siquiera en las zonas seguras del país¹⁶⁷. También

¹⁶⁵ Cfr. *E.L. c. Suiza*, CAT/C/47/D/351/2008, Dictamen de 18 de enero de 2012; otros asuntos clásicos, cfr. *Mutombo c. Suiza*, CAT/C/16/D/36/1995, Dictamen de 27 de abril de 1994, parágr. 9.3; *Khan c. Canadá*, CAT/C/13/D/15/1994, Dictamen de 18 de noviembre de 1994, parágr. 12.2; *Ayas c. Suecia*, CAT/C/21/D/97/1997, Dictamen de 12 de noviembre de 1998; *T. A. c. Suecia*, CAT/C/34/D/226/2003, 27 de mayo de 2005. Un ejemplo sorprendente de lo que acabamos de señalar lo constituye el caso *Arkauz c. Francia*. En efecto, el Sr. Arkauz, miembro del grupo terrorista ETA, solicitó a las autoridades francesas no ser expulsado a España, esgrimiendo que en caso de hacerlo sería sometido a actos de tortura. A pesar de ello, y en consideración del hecho que España es un estado democrático y de derecho, las autoridades francesas ejecutaron la expulsión. Llegado el asunto al Comité contra la Tortura, éste concluyó que Francia había violado el derecho del Sr. Arkauz Arana a no ser sometido a tortura de manera indirecta por ser expulsado a España, Cfr. *Arkauz Arana c. Francia*, CAT/C/23/D/63/1997. En el mismo sentido, aunque en relación a la situación de países distintos a España, cfr. *A.M. c. Francia*, CAT/C/44/D/302/2006; *Adel Tebourski c. Francia*, CAT/C/38/D/300/2006.

¹⁶⁶ Cfr. *Vilvarajah y otros c. Reino Unido*, STEDH de 30 de octubre de 1991, parágr. 111; *HLR c. Francia*, STEDH de 29 de abril de 1997, parágr. 42; *Müslim c. Turquía*, STEDH de 26 de abril de 2005.

¹⁶⁷ Cfr. A. SÁNCHEZ LEGIDO, «Garantías diplomáticas, no devolución y prohibición de la tortura», *op. cit.*, p. 18. Reflejo de este cambio en la tendencia del TEDH, *Salah Sheekh c. Holanda*, STEDH de 11 enero de 2007. Para ver un comentario a la sentencia, C. QUESADA ALCALÁ, «A vueltas con Europa y su política de asilo. Comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Asunto Salah Sheekh c. Países Bajos de 11 de enero de 2007», *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 13, 2007. En esta misma línea cfr. las siguientes sentencias: *Saadi c. Italia*, STEDH de 28 de febrero de 2008; *NA c. Reino Unido*, STEDH de 17 de julio de 2008; *Abodlkhani y Karimnia c. Turquía*, STEDH de 22 de septiembre de 2009; *Baysakov y otros c. Ucrania*, STEDH de 18 de febrero de 2010 (aunque referido a un caso de extradición y no de expulsión) o *Mawaka c. Países Bajos*, STEDH de 1 junio de 2010.

en el marco del Comité contra la Tortura se ha producido algún cambio, como se refleja en el caso *Eveline Njamba y Kathy Balikosa c. Suecia*, en el que el citado Comité concluyó que la devolución de las denunciadas, madre e hija, hacia un país como la República Democrática del Congo en el que existen niveles alarmantes de violencia contra la mujer, en concreto, la práctica de la violación y particularmente «la violación en banda perpetrada por hombres armados y civiles..., incluso en zonas no afectadas por los conflictos armados», hubiera constituido una violación del artículo 3, aun cuando no existiera ningún factor que pusiera de relieve un riesgo particular de ambas, salvo el hecho de ser mujeres¹⁶⁸.

En relación con la naturaleza previsible y real del riesgo, el Comité contra la Tortura ha concluido en distintos casos que no era previsible que la persona expulsada fuera a ser sometida a tortura por determinadas circunstancias, como el hecho de haberse producido un cambio en el país de destino, un cambio de gobierno o el fin de un conflicto armado¹⁶⁹. En otros casos, sin embargo, ha concluido exactamente lo contrario por entender que los informes sobre la situación del país o la condición de refugiado de la persona a quien las autoridades estatales pretendieran expulsar avalaran la tesis de la existencia de un riesgo previsible o real de tortura¹⁷⁰. La afirmación del riesgo se debe derivar de elementos que «van más allá de la pura teoría o sospecha», aunque no es imprescindible demostrar que el riesgo es «muy probable»¹⁷¹.

Finalmente, y en aras a la valoración del riesgo, los elementos a tener en cuenta varían si la expulsión ya ha sido ejecutada o si ésta no se ha producido aún. Si la expulsión no ha tenido lugar, el órgano de control tendrá en cuenta la situación existente en el momento en que debe emitir su resolución. En el caso de que la expulsión ya hubiera sido ejecutada, el órgano de control habrá de examinar aquellos elementos que el Estado conoció o debió conocer en el momento de proceder a la expulsión¹⁷², aunque es cierto que suelen referirse también a lo que realmente finalmente aconteció si disponen de tal información¹⁷³.

¹⁶⁸ Cfr. *Eveline Njamba y Kathy Balikosa c. Suecia*, Decisión del Comité contra la Tortura de 14 de mayo de 2010, CAT/C/44/D/322/2007, párr. 9.5.

¹⁶⁹ Cfr. *US c. Finlandia*, Dictamen de 7 de enero de 2002, párr. 7.8; *T.A. c. Suecia*, Dictamen de 27 de mayo de 2005, párr. 6.4.

¹⁷⁰ Cfr. *Amhed c. Austria*, STEDH de 17 de diciembre de 1996, párr. 42; *Jabari c. Turquía*, STEDH de 11 de julio de 2000, párr. 41.

¹⁷¹ Cfr. en este sentido a título meramente ilustrativo *VL c. Suiza*, CAT/C/37/D/262/2005, de 22 de enero de 2007; *C.T y K. M. c. Suecia*, CAT/C/37/D/279/2005, de 22 de enero de 2007; *Gamal El Rgeig c. Suiza*, CAT/C/37/D/280/2005, de 22 de enero de 2007.

¹⁷² Cfr. *Saadi c. Italia*, STEDH, párr. 133; *Toumi c. Italia*, STEDH, párr. 56.

¹⁷³ En este sentido, el TEDH ha señalado que «pour contrôler l'existence d'un risque de mauvais traitements, il faut se référer en priorité aux circonstances dont l'Etat en cause avait ou devait avoir connaissance au moment de l'expulsion [...], bien que cela n'empêche pas la Cour de tenir compte de renseignements ultérieurs, qui peuvent servir à confirmer ou infir-

C) *Protección frente a torturas provenientes del Estado o de particulares*

La violación del derecho a no ser sometido a tortura, contenido en el artículo 1 del Convenio contra la Tortura o del artículo 3 del Convenio Europeo, como consecuencia de un acto de expulsión puede provenir de un comportamiento órganos del Estado —poder legislativo, ejecutivo o judicial, administración central o periférica—, pero también, en ocasiones, del comportamiento realizado por particulares, cuando el Estado no es capaz de proteger a la persona víctima del mismo.

Así, en distintas ocasiones se ha concluido que la expulsión de un extranjero al territorio de un Estado cuyo sistema legal permita que se le aplique la pena capital puede llegar a constituir una violación del derecho a no ser sometido a tortura, no por la aplicación de la pena capital sino por las condiciones en que ésta se ejecutaría: mantenimiento del condenado en el corredor de la muerte durante años —caso *Soering c. Reino Unido*¹⁷⁴—, posible ejecución en la cámara de gas —caso *Ng c. Canadá*¹⁷⁵—, o mediante lapidación —caso *Jabari c. Turquía*¹⁷⁶—, por ejemplo. El TEDH ha señalado, sin embargo, que ni el ingreso en una prisión de máxima seguridad ni la imposición de la cadena perpetua suponen *per se* violación del artículo 3 —caso *Babar Ahmad y otros c. Reino Unido*¹⁷⁷—.

Menos obvia resulta la violación del derecho al que nos estamos refiriendo si ésta se produce como consecuencia de la expulsión de personas enfermas a países con un sistema sanitario claramente deficiente. Pese a ello, en la sentencia dictada en el caso *D. c. Reino Unido*, el TEDH concluyó que la expulsión de la Sra. D, enferma terminal de SIDA, a Saint Kitts hubiera constituido una violación del artículo 3 porque «*aunque no puede decirse que las condiciones que le esperan en el país receptor sean en sí una violación de los estándares del artículo 3, su envío lo expondría a un riesgo real de muerte en las condiciones más preocupantes lo cual sí constituiría un tratamiento inhumano*»¹⁷⁸. También el Comité de Derechos Humanos ha llegado en alguna ocasión a conclusiones semejantes, como ocurrió en el caso *C. c. Australia*,

mer la manière dont la Partie contractante concernée a jugé du bien-fondé des craintes d'un requérant», Cfr. *Mannai c. Italia*, STEDH de 27 de marzo de 2012, parágr. 40; *Mamatkulov y Askarov c. Turquía*, STEDH de 4 de febrero de 2005, parágr. 69; *Trabelsi c. Italia*, 13 de abril de 2010, parágr. 49. En el mismo sentido se ha manifestado en numerosas ocasiones el Comité contra la Tortura, cfr. *Tebourski c. Francia*, CAT/C/38/D/300/2006, parágr. 81.

¹⁷⁴ Cfr. *Soering c. Reino Unido*, STEDH de 7 de julio de 1989.

¹⁷⁵ Cfr. *Chitat Ng c. Canadá*, CCPR/C/49/D/469/1991, 7 de enero de 1994, p. 19.

¹⁷⁶ Cfr. *Jabari c. Turquía*, STEDH de 11 de octubre de 2000.

¹⁷⁷ Cfr. *Babar Ahmad y otros c. Reino Unido*, STEDH de 10 de abril de 2012; en el caso *Hylton c. Jamaica*, el Comité de Derechos Humanos concluyó que el transcurso de siete años no podía ser considerado como excesivo, y por tanto, en infracción del artículo 7 del Pacto, cfr. U.N. Doc. CCPR/C/57/D/600/1994, 18 de noviembre de 1996, parágr. 8.

¹⁷⁸ Cfr. *D. c. Reino Unido*, STEDH de 2 de mayo de 1997, parágr. 53.

aunque es cierto que en este caso la enfermedad que padecía el reclamante había sido provocada, en todo o en parte, por el propio Estado que más tarde pretendía proceder a la expulsión¹⁷⁹. No obstante, quizás constituyan ejemplos aislados, pues son varios los casos en los que en circunstancias aparentemente similares el TEDH ha concluido que no existía tal violación. Así se manifestó el TEDH en el caso *Aoulmi c. Francia*, tras constatar que el demandante, enfermo de hepatitis C, llevaba tiempo sin someterse a tratamiento alguno, y entender que el hecho de que la obtención del tratamiento fuera más difícil en su país no era motivo suficiente para afirmar la existencia de una violación del artículo 3¹⁸⁰, o en el caso *Bensaid c. Reino Unido* en el que el TEDH concluyó que la expulsión a Argelia de un esquizofrénico que sufría ataques psicóticos tampoco suponía una violación de artículo 3, ya que en su país de origen disponía del tratamiento médico necesario¹⁸¹. Pero quizás sea la sentencia dictada por el TEDH en el caso *N. c. Gran Bretaña* la más polémica por la argumentación utilizada. En ella se juzgaba la posible responsabilidad de Gran Bretaña por la violación del artículo 3, como consecuencia de la expulsión a Uganda de la demandante, enferma de SIDA¹⁸². Pues bien, el TEDH concluyó que la expulsión de la Sra. N. no constituía una violación del artículo 3 por la gravísima carga que, desde el punto de vista económico, supondría para los Estados parte en la Convención tener que asumir los cuidados médicos o tratamientos de todas aquellas personas que en sus países de origen no lo tuvieran garantizado¹⁸³. La sentencia fue acompañada de una opinión disidente conjunta que compartimos y que emitieron los jueces Tulkens, Bonello y

¹⁷⁹ Cfr. *C. c. Australia*, en CCPR/C/76/D/990/1999, parágr. 8.5: «In circumstances where the State party has recognized a protection obligation towards the author, the Committee considers that deportation of the author to a country where it is unlikely that he would receive the treatment necessary for the illness caused, in whole or in part, because of the State party's violation of the author's rights would amount to a violation of article 7 of the Covenant».

¹⁸⁰ Cfr. *Aoulmi c. Francia*, STEDH de 17 de enero de 2006, parágr. 51 a 60.

¹⁸¹ El TEDH señaló lo siguiente: «La Cour admet que l'état de santé du requérant est grave. Compte tenu toute fois du seuil éleve fixé par l'article 3, notamment lors quel'affaire n'engage pas la responsabilité directe de l'Etat contractant à raison du tort causé, la Cour n'estime pas qu'il existe un risque suffisamment réel pour que le renvoi du requérant dans ces circonstances soit incompatible avec les normes de l'article 3. Ne sont pas présentes ici les circonstances exceptionnelles de l'affaire D. c. Royaume-Uni (précitée) où le requérant se trouvait en phase terminale d'une maladie incurable, le sida, et ne pouvait espérer bénéficier de soins médic aux ou d'un soutien familia s'il était expulsé à Saint-Kitts». Cfr. STEDH de 6 de febrero de 2001, parágr. 36-40.

¹⁸² *Ibid.*, parágr. 42-26.

¹⁸³ El TEDH parece afirmar la necesidad de buscar un equilibrio entre el interés general de la comunidad y los imperativos de la salvaguarda de los derechos fundamentales, entendiendo por interés general evitar la carga de sufragar los gastos médicos del extranjero enfermo por considerarlos excesivos para el Estado. Cfr. *N. c. Gran Bretaña*, STEDH de 27 de mayo de 2008.

Spielmann. En ella concluyeron la contradicción existente entre lo afirmado por la mayoría en esa sentencia y lo que el propio TEDH había señalado en otras sentencias sobre el carácter absoluto del artículo 3 de la Convención, de lo que se había desprendido hasta entonces el deber de los Estados parte en la Convención de no expulsar a nadie a un país en el que corriera el riesgo real de ser sometido a torturas, tratos inhumanos o degradantes, pues la prohibición de la tortura «ne souffre aucune exception»¹⁸⁴. Sin embargo, es posible que sean estos los derroteros por los que continúe el Tribunal a la vista de las medidas restrictivas de derechos en materia sanitaria que afectan a los extranjeros, e incluso a los nacionales, que se están adoptando en el actual contexto de crisis económica por parte de algunos Estados, entre los que se encuentra España¹⁸⁵.

No obstante lo anterior, ¿qué ocurre en los casos en los que el riesgo de ser sometido a torturas, tratos inhumanos o degradantes, más allá del territorio que expulsa, proviene de personas que actúan a título particular y no de comportamientos atribuibles de una u otra forma al Estado, de conformidad con las reglas establecidas en el Derecho de la responsabilidad? El TEDH ha tenido ocasión de analizar esta cuestión en distintas sentencias. Así, por ejemplo, en el caso *H.L.R. c. Francia*, el demandante, de nacionalidad colombiana, se oponía a su expulsión alegando el grave riesgo de sufrir actos de tortura en caso de ser devuelto a Colombia —actos que él imputaba a grupos de particulares, concretamente a un grupo de narcotraficantes que en su día le reclutaron para transportar droga—. Pues bien, el TEDH concluyó que debido al carácter absoluto del derecho garantizado, el Tribunal no excluía que el artículo 3 se aplicara también cuando el peligro emanara de personas o grupos de personas que no fueran funcionarios públicos, siempre y cuando se demostrara que «el riesgo existe realmente y que las autoridades del Estado de destino no están en condiciones de hacerle frente mediante una protección adecuada»¹⁸⁶. Algo

¹⁸⁴ Cfr. *Saadi c. Italia*, STEDH de 28 de febrero de 2008, parágr. 138 o *Chahal c. Gran Bretaña*, STEDH de 13 de noviembre de 1996. En la doctrina, cfr. F. JULIEN-LAFERRIÈRE, «L'éloignement des étrangers malades: faut-il préférer les réalités budgétaires aux préoccupations humanitaires? Cour Europeene des Droits de l'Homme (Grand Chambre), N c. Royaume Unit 27 mai 2008», *Revue Trimestrelle des Droits de L'Homme*, 2009, pp. 261-285, pp. 273-374.

¹⁸⁵ Las medidas de recorte de los servicios médicos adoptadas el pasado año respecto de los extranjeros que se encuentren en nuestro país en situación irregular son, a nuestro juicio, un reflejo de una tendencia que va creciendo, cfr. Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, en particular artículo 1, apartado tres y disposición final 3.^a

¹⁸⁶ Cfr. *H.L.R. c. Francia*, STEDH de 29 de abril de 1997. No obstante, el TEDH concluyó en este concreto caso que no existían motivos serios y probados del que el Sr. HLR pudiera ser sometido a tortura, de modo que no existía un riesgo real y concreto, y consecuencia, la expulsión no produciría violación del artículo 3 del Convenio.

similar ocurrió en el caso *N c. Finlandia*, en el que el TEDH consideró que la expulsión del Sr. N, miembro de las fuerzas de protección del presidente congoleño Mobutu, conllevaba un riesgo real de exponerle a tratos inhumanos o degradantes procedentes de los familiares de la disidencia, cuando Mobutu ya había sido derrocado¹⁸⁷. O el caso *Sufi y Elmi c. Reino Unido*, en el que el TEDH concluyó que de ser devueltos a Somalia, los demandantes corrían un riesgo real de ser sometidos a malos tratos por la milicia Hawiye, en el primer caso, por su condición de miembro de un clan minoritario, y en el segundo, por motivos tan variados como ser considerado «anti-islamista y occidental», por sus antecedentes penales de robo, violación y por su condición de toxicómano, o en el caso *Ahmed c. Austria*, por considerar que en Somalia no había autoridad pública capaz de proteger al demandante¹⁸⁸.

Por su parte, las mujeres encuentran en determinados casos un amparo especial ante la expulsión, por la particular violencia de la que son objeto en determinados países. Así, el TEDH consideró recientemente en el caso *N. c. Suecia* que este Estado había violado el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos por expulsar a la Sra. N, que mantenía una relación extraconyugal con un hombre en Suecia, a Afganistán, país en el que el 80 por 100 de las mujeres sufren violencia dentro del matrimonio con la anuencia de las autoridades del país, quienes siguen considerando que se trata de una práctica legítima por parte de los hombres. El Tribunal da por buena la afirmación según la cual la Sra. N, afgana, corría peligro en el caso de que pretendiera divorciarse o por el simple hecho de no querer continuar la convivencia con su marido, una vez en Afganistán¹⁸⁹. En este mismo orden de cosas, cabría recordar la situación de las mujeres que, sometidas a un proceso de expulsión, podrían ver peligrar su integridad física e incluso su vida ante el riesgo de

¹⁸⁷ Cfr. caso *N c. Finlandia*, STEDH de 26 de julio de 2005, parágr. 158 ss. Sin embargo, en el caso *FH c. Suecia*, el Tribunal concluyó que la expulsión del demandante a Irak no constituía una violación del artículo 3 porque dado su papel secundario en la guardia republicana de Saddam Hussein hacía pensar que no existía un riesgo real y personal de sufrir actos de tortura al volver a su país. En esa misma línea se manifestó el Tribunal respecto de los problemas que podrían derivar por ser cristiano, pues según concluyó, sin demasiados argumentos, de producirse tal persecución podía solicitar la protección de las autoridades iraquíes. Cfr. *FH c. Suecia*, STEDH de 20 de enero de 2009, parágr. 102. Esta sentencia fue acompañada de las opiniones disidentes de los jueces Power y Zupancic, parágr. 40.

¹⁸⁸ Cfr. caso *Sufi y Elmi c. Reino Unido*, STEDH de 28 de junio de 2011; *Ahmed c. Austria*, STEDH de 17 de diciembre de 1996, parágr. 44.

¹⁸⁹ Cfr. *N. c. Suecia*, STEDH de 20 de julio de 2010, parágr. 62: «Having regard to all of the above, in the special circumstances of the present case, the Court finds that there are substantial grounds for believing that if deported to Afghanistan, the applicant faces various cumulative risks of reprisals which fall under Article 3 of the Convention from her husband, his family, her own family and from the Afghan society. Accordingly, the Court finds that the implementation of the deportation order against the applicant would give rise to a violation of Article 3 of the Convention».

que a su regreso sean sometidas a mutilación genital, práctica que el Comité de Derechos Humanos ha calificado en distintas ocasiones como un trato cruel, inhumano y degradante¹⁹⁰. Son varios los casos en los que el TEDH ha negado la admisibilidad de demandas en circunstancias como las que acabamos de describir, pero no porque el Tribunal descarte tal interpretación, sino porque en los casos en los que ha tenido que posicionarse las demandantes no habían conseguido demostrar que corrían un riesgo real y concreto de sufrir mutilación en caso de ser devueltas a su país de origen, que en todos los casos era Nigeria; así ocurrió en el caso *Collins y Akaziebie c. Suecia, Izevbekhai y otros c. Irlanda* u *Omeredo c. Austria*¹⁹¹. A contrario sensu cabe concluir que en aquellos supuestos en los que se pueda probar la existencia de indicios suficientes del riesgo de ser sometidas a mutilación genital, en un caso particular y concreto, la expulsión constituiría una violación del derecho a no ser sometidas a tortura, tratos inhumanos o degradantes. A esa conclusión llegó el Comité de Derechos Humanos en el caso *Diene y Fatoumumata Kaba c. Canadá*, al considerar que Fatoumata, hija de Diene, podía ser sometida a la ablación por parte de su padre y de la familia de éste en el caso de ser devueltas a Guinea Conakri, país en el que tradicionalmente las mujeres son sometidas a ese tipo de prácticas, razón por la cual su expulsión constituiría una violación del artículo 7 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos¹⁹². Y aun cuando no existe una práctica en este sentido, debería darse esta misma respuesta en el caso de que existan indicios suficientes de que una mujer sometida a un proceso de expulsión pudiera ser forzada a contraer matrimonio contra su voluntad.

3. Derecho a la vida privada y familiar

A) Regulación internacional del derecho a la vida privada y familiar

El derecho a la vida privada y familiar está regulado desde hace décadas en numerosos instrumentos internacionales como un derecho de toda persona, con independencia de su condición de nacional o extranjera respecto del te-

¹⁹⁰ Cfr. Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos en relación con los informes presentados por los siguientes países: Sudán, UN Doc. CCPR/C/79/Add.85, parágr. 10; Senegal, UN Doc. CCPR/C/79/Add.82, parágr. 12; Lesotho, UN Doc. CCPR/C/79/Add.106, parágr. 12; Camerún UN Doc. CCPR/C/79/Add.116, parágr. 12; Yemen, UN Doc. CCPR/C/75/YEM, parágr. 6.

¹⁹¹ Cfr. Decisiones sobre admisibilidad en los asuntos *Collins y Akaziebie c. Suecia*, de 8 de marzo de 2007; *Omeredo c. Austria*, de 20 de septiembre de 2011; *Izevbekhai y otros c. Irlanda*, de 17 de mayo de 2011.

¹⁹² Cfr. *Diene y Fatoumumata Kaba c. Canada*, Dictamen del Comité de Derechos Humanos de 25 de marzo de 2010, CCPR/C/98/D/1465/2006, parágr. 10.1 y 10.2.

ritorio en el que se encuentra. En el plano universal, si bien la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 no dice nada al respecto¹⁹³, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece en su artículo 17 que «1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia...». En ese mismo sentido, el artículo 5.1.b) de la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven establece que los extranjeros gozan del derecho «a la protección contra las injerencias arbitrarias o ilegales en la intimidad, la familia, el hogar o la correspondencia».

A nivel regional, el artículo 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos establece que «toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar [...]». La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea reproduce esta disposición en su artículo 7. Por su parte, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, a pesar de otorgar gran importancia a la protección de la familia (artículo 18), no recoge ese derecho; sí lo hace, sin embargo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos cuyo artículo 11.2 reconoce el derecho en los mismos términos que el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, antes citado. Por su parte, el Protocolo de la Convención Europea de Establecimiento, al pronunciarse sobre la expulsión, establece entre otras cosas que los Estados contratantes deberán tener debidamente en cuenta los lazos familiares y la duración de la estancia en su territorio de las personas interesadas [sección III, apartado c)].

B) *Alcance de las nociones «vida familiar» y «vida privada» a los efectos de la expulsión*

Desde hace ya algunos años la jurisprudencia internacional viene interpretando la noción de vida familiar de un modo más acorde con los tiempos, extendiéndola más allá de los matrimonios heterosexuales, con o sin hijos, incluso aunque no se dé la convivencia¹⁹⁴, siempre y cuando se trate de un matrimonio no ficticio¹⁹⁵. Así, por ejemplo, el TEDH ha afirmado la existencia de vida familiar en situaciones como la protagonizada por una pareja de hecho que no había contraído matrimonio —*Lebbink, c. Alemania o Srifé Yigit c. Tur-*

¹⁹³ La única referencia de la DUDH a la familia es la que aparece en el artículo 16.3 cuando señala «Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia».

¹⁹⁴ Cfr. *Abdulaziz Cabales y Balkandali c. Reino Unido*, STEDH de 28 de mayo de 1985; *Berrehab c. Países Bajos*, parágr. 21.

¹⁹⁵ Cfr. *Frasik c. Polonia*, STEDH de 5 de abril de 2010 y *Jaremowitz c. Gran Bretaña*, STEDH de 5 de abril de 2010.

quía¹⁹⁶—, una madre soltera con su hija —caso *Marckx c. Bélgica o Anayo c. Alemania*¹⁹⁷—, entre un padre divorciado y los hijos con quienes no convivía, pues lo hacían con su ex mujer —caso *Belherab c. Países Bajos o Ciliz c. Países Bajos*¹⁹⁸—, o entre un transexual y el hijo de su pareja —caso *X, Y y Z c. Reino Unido*¹⁹⁹—. El TEDH también ha protegido la relación familiar *entre los familiares cercanos* entre los que menciona las relaciones entre los abuelos y los nietos, así como tíos y sobrinos²⁰⁰. La relación familiar se protege, como es obvio, tanto si es biológica como si es el resultado de una adopción²⁰¹, incluso la relación entre una familia de acogida y un niño acogido, habida cuenta del tiempo compartido y la estrecha relación y el papel asumido por el adulto²⁰², y, en ocasiones, no siempre, con independencia de la edad de la persona de que se trate, tal y como se puso de relieve en el caso *Ezzouhdi c. Francia*, en el que ante las dudas planteadas en torno a si el Sr. *Ezzouhdi*, un adulto sin pareja y sin hijos, tenía o no una vida familiar merecedora de protección, una vida familiar con sus hermanos y su madre, el TEDH concluyó efectivamente, que tal vida familiar existía, de ahí que la medida de expulsión fuera considerada como una medida desproporcionada y, en consecuencia, una violación del artículo 8.1 del Convenio²⁰³.

Mayores dificultades ha planteado el caso de parejas del mismo sexo. Así, en el año 1983 la Comisión resolvió un caso paradigmático en relación con una pareja de hecho formada por un británico y un nacional de Malasia. En

¹⁹⁶ Cfr. *Caso Lebbink, c. Alemania*, STEDH de 1 de junio de 2004, parágr. 35 a 42; *Serife Yigit c. Turquía*, STEDH de 20 enero de 2009, parágr. 25.

¹⁹⁷ Cfr. *Marckx c. Bélgica*, STEDH de 13 de junio de 1979, parágr. 31; *Anayo c. Alemania*, 21 de diciembre de 2010.

¹⁹⁸ Cuando la convivencia física no es posible, el disfrute de la vida familiar puede tener lugar a través de otras modalidades de comunicación, especialmente hoy día (correspondencia, teléfono o cualquiera de las vías que la técnica permite hoy día). Cfr. *Ciliz c. Países Bajos*, STEDH de 11 de julio de 2000, parágr. 59-60; *Tsikakis c. Alemania*, STEDH de 10 de mayo de 2011.

¹⁹⁹ Cfr. *X, Y, y Z c. Reino Unido*, STEDH de 22 de abril de 1997. En un sentido similar, pero sin la condición de transexual de la pareja, esto es, afirmación de la relación familiar entre un niño y la pareja de su madre, cfr. *Kroon y otros c. Países Bajos*, STEDH de 20 de septiembre de 1994 o *K y T c. Finlandia*, STEDH de 12 de julio de 2001.

²⁰⁰ Cfr. *Marckx c. Bélgica*, STEDH de 27 de abril de 1979, parágr. 45; *Bronda c. Italia*, STEDH de 9 de junio de 1998, parágr. 51; *Scozzari y Giunta c. Italia*, STEDH de 23 de julio de 2000.

²⁰¹ Cfr. *Wagner y JMWL c. Luxemburgo*, STEDH de 28 de junio de 2007; *Kurochkin c. Ucrania*, STEDH de 20 de mayo de 2010, entre otras. Por el contrario, el mero hecho biológico de la paternidad no es indicativo obligatorio de la existencia de una relación familiar, *Lebbink c. Países Bajos*, anteriormente citada.

²⁰² Cfr. *Moretti y Benedetti c. Italia*, STEDH de parágr. 48-52.

²⁰³ Cfr. *Ezzouhdi c. Francia*, STEDH de 13 de febrero de 2001, parágr. 34. En sentido contrario, cfr. *Slivenko c. Letonia*, STEDH de 9 de octubre de 2003, parágr. 97; vida familiar y relación entre hermanos: *Kwakye-Ni y Dufie c. Holanda*, STEDH de 7 de noviembre de 2000.

este caso, conocido como *X e Y c. Reino Unido*, la Comisión concluyó que «a pesar de la evolución contemporánea de las mentalidades respecto a la homosexualidad, [...] las relaciones de los demandantes no se incluyen en el derecho al respeto de la vida familiar protegido por el artículo 8»²⁰⁴. Por tanto, la expulsión del ciudadano malayo del Reino Unido no suponía violación alguna de su derecho a una vida familiar que, en el parecer del Tribunal, no tenían, pero sí constituía una violación del derecho a su vida privada.

Lo cierto es que son muy pocos los Estados que reconocen legalmente el matrimonio homosexual; es el caso de Bélgica, España, Francia, Noruega, Países Bajos, Portugal o Suecia, Canadá, Sudáfrica, y algunos Estados de los Estados Unidos de América. Son más los que han optado por reconocer la legalidad de las uniones entre parejas del mismo sexo bajo la forma de uniones civiles o los que admiten su registro como parejas de hecho. En el marco del Consejo de Europa, la sentencia dictada por el TEDH en el caso *Schalk y Kopf c. Austria* señaló que es cada Estado el que debe definir soberanamente si cubre bajo el concepto de matrimonio a las parejas del mismo sexo o si reconoce tales uniones bajo otras fórmulas²⁰⁵. Dicho de otro modo, el Tribunal concluyó que el Convenio no reconoce el derecho al matrimonio de las parejas del mismo sexo. Ahora bien, cuestión distinta es negar la existencia de vínculos familiares en esas parejas, casadas o unidas con lazos de otra naturaleza. El propio TEDH ha reconocido que el artículo 12 del Convenio se refiere a dos derechos distintos: el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia, sin que sea el segundo una consecuencia del primero²⁰⁶.

Por todo ello, parece lógico pensar que en el caso de que uno de los miembros de una pareja homosexual, extranjero, fuera sometido a un proceso de expulsión tendría derecho a que se le reconociera la existencia de una vida familiar merecedora de la protección del artículo 8 del Convenio. A nuestro juicio, y sin entrar a analizar el derecho al matrimonio de las parejas homosexuales, por no ser éste, obviamente, el objeto del presente trabajo, al menos

²⁰⁴ Decisión Comisión Europea de Derechos Humanos, 3 de mayo de 1983, Decisions and Reports - Décisions et Rapports, vol. 32, pp. 221-223.

²⁰⁵ Cfr. *caso Schalk et Kopf c. Austria*, STEDH de 24 de febrero de 2010: «La Cour admet tout d'abord que la relation des requérants relève de la "vie familiale", au même titre qu'un couple hétérosexuel dans la même situation. Cependant, la Convention européenne des droits de l'homme n'oblige pas un Etat à ouvrir le droit au mariage à un couple homosexuel. Les autorités nationales sont mieux placées pour apprécier les besoins sociaux en la matière et pour y répondre, le mariage ayant des connotations sociales et culturelles profondément ancrées qui diffèrent largement d'une société à l'autre. Non-violation de l'article 12 (droit au mariage), et non-violation de l'article 14 (interdiction de discrimination) combiné avec l'article 8 (droit au respect de la vie privée et familiale) de la Convention européenne des droits de l'homme».

²⁰⁶ Cfr. en este sentido *I., C. Goodwin c. Reino Unido*, STEDH de 1 de julio de 2002. En la doctrina, cfr. N. ARRESE IRIONDO, *El derecho a la reagrupación familiar de las personas extranjeras*, op. cit., p. 53.

debería reconocerse los mismos efectos a las parejas de hecho homosexuales y a las heterosexuales, de modo que unas y otras pueden desarrollar una vida familiar protegida bajo el paraguas del artículo 8.1 del Convenio Europeo y en las mismas condiciones²⁰⁷. Sin embargo, la realidad actual demuestra que el TEDH sitúa tales relaciones en el ámbito del derecho a la vida privada, no de la vida familiar²⁰⁸, noción mucho más ambigua. A los efectos de la expulsión, la noción fue definida por el TEDH en el caso *C. c. Bélgica* como «el derecho de una persona a formar y desarrollar relaciones con otros seres humanos, incluidas las relaciones de carácter profesional o de negocios», relaciones que también son objeto de protección en el artículo 8.2 del Convenio²⁰⁹. En el caso *Omojudi c. Gran Bretaña* —referido a un ciudadano nigeriano expulsado de Gran Bretaña tras haber sido condenado por la comisión de varios delitos— el TEDH recordó que puesto que el artículo 8 también protege el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos, debe aceptarse que la totalidad de relaciones sociales entre inmigrantes asentados y la comunidad en la que están residiendo constituye parte del concepto de vida privada considerado en el artículo 8 del Convenio. Por tanto, de una expulsión puede derivar la violación del derecho a la vida familiar, pero también una injerencia prohibida en el derecho al respeto de la vida privada, ya sea aisladamente o en conjunción con la violación del derecho a la vida familiar²¹⁰.

C) *Condiciones de legalidad de la injerencia del Estado en la vida privada y familiar bajo la forma de expulsión*

El derecho a la vida privada y familiar no es absoluto, sino que tiene límites tal y como se desprende, por ejemplo, del párrafo segundo del artículo 8

²⁰⁷ En este sentido, cfr. KARSTEN, «Atypical families and the Human Rights Act: the rights of unmarried fathers, same sex couples and transsexuals», *European Human Rights Law Review*, 1999-2, pp. 195-207, p. 204.

²⁰⁸ Cfr. *Röösli c. Alemania*, STEDH de 17 de mayo de 1996; *Marta Estevez c. España*, STEDH de 10 de mayo de 2001; *Üner c. Países Bajos*, STEDH de 18 de octubre de 2006, parágr. 59.

²⁰⁹ Cfr. *C. c. Bélgica*, STEDH de 7 de agosto de 1996, parágr. 25. En el mismo sentido, cfr. *Niemietz c. Alemania*, STEDH de 16 de diciembre de 1992, parágr. 29.

²¹⁰ Cfr. *Omojudi c. Gran Bretaña*, STEDH de 24 de noviembre de 2009, parágr. 37. En este mismo sentido *Maslov c. Austria*, STEDH de 22 de marzo de 2007, parágr. 63. Cfr. igualmente la opinión disidente de los jueces Garlicki y Thór Björgvinsson para quienes en el caso *Balogun c. Reino Unido*, se produjo una violación del derecho a la vida privada del reclamante: «having in mind the young age at which the offences were committed, the strong ties the applicant has with the United Kingdom and the corresponding lack of ties with Nigeria, and the overall and very serious impact deportation will have on the applicant, that his right to respect for his private life under Article 8 of the Convention would be reached if he were to be deported to Nigeria», STEDH de 24 de septiembre de 2012, p. 21.

del Convenio Europeo de Derechos Humanos: «la autoridad pública podrá interferir en ese derecho en tanto la injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás», elementos que el Tribunal ha sintetizado en la exigencia de tres requisitos: 1) la previsión legal de la injerencia en la vida privada y familiar, 2) la existencia de un fin legítimo que justifique tal injerencia y, 3) la necesidad y la proporcionalidad de la medida en una sociedad democrática

a) Previsión legal

La primera de las condiciones suele resultar fácil de determinar, pues se trata de un elemento objetivo: la previsión de la posible intromisión en la vida privada y familiar en la legislación del Estado que adopta la medida²¹¹. La ley debe ser pública y accesible a cualquier persona, y su contenido previsible, esto es, debe estar redactado con precisión, de tal forma que permita a cualquier persona reglar su conducta con base en el contenido de la norma. Y aún más, es preciso que la ley ofrezca garantías frente a la arbitrariedad, esto es, que reconozca el derecho a un recurso efectivo y no meramente formal. De incumplirse cualquiera de estas exigencias, estaríamos en presencia de una injerencia prohibida en el derecho a la vida privada y familiar, tal y como ha tenido de poner de relieve el TEDH en distintos asuntos²¹².

²¹¹ Cfr., entre otras muchas, las siguientes sentencias en las que el TEDH concluye el cumplimiento del requisito de la existencia de una previsión legal en la legislación estatal: *Üner c. Países Bajos*, *op. cit.*, parágr. 38; *Maslov c. Austria*, STEDH de 22 de marzo de 2007, parágr. 30; *Boultif c. Suiza*, STEDH de 2 de agosto de 2001, parágr. 42-43; *Benhebbba c. Francia*, STEDH de 23 de julio de 2003, parágr. 27; *Mutlag c. Alemania*, STEDH de 25 de marzo de 2010, parágr. 52; *Omojudi c. Reino Unido*, STEDH de 24 de noviembre de 2009, parágr. 39.

²¹² Cfr. sentencias en las que el TEDH ha concluido que la injerencia en la vida privada y familiar no ha respondido a la aplicación de una medida prevista en la ley: *Amann c. Suiza*, STEDH de 16 de febrero de 2000, parágr. 55-56; *Rotaru c. Rumanía*, STEDH de 4 de mayo de 2000, parágr. 55-63; *Hasan y Chaush c. Bulgaria*, STEDH 2000; *Al Nashif c. Bulgaria*, STEDH de 20 de junio de 2002, parágr. 119; *Lupsa c. Rumania*, STEDH de 8 de junio de 2006, parágr. 29 a 32; *Musa y otros c. Bulgaria*, STEDH de 11 de enero de 2007, parágr. 60 a 64; *Liu y Liu c. Rusia*, STEDH de 6 de diciembre de 2007; *C.G. y otros c. Bulgaria*, STEDH de 24 de abril de 2008, parágr. 49; *Kaushal y otros c. Bulgaria*, STEDH de 2 de septiembre de 2010, parágr. 26 a 34.

b) Fin legítimo

Mayores problemas plantea determinar la existencia de un fin legítimo que justifique la injerencia en el derecho a la vida privada y familiar, aun cuando el propio artículo 8.2 del Convenio se refiere a algunos fines que justificarían tal intromisión: defensa de la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la moral o la salud, o la protección de los derechos y libertades de los demás. Lo cierto es que en la mayoría de los casos planteados ante el TEDH relacionados con esta cuestión en materia de expulsión, el fin perseguido por los Estados ha sido prevenir la comisión de nuevas infracciones penales y defender el orden y la seguridad nacional. En ningún caso la preservación de tales fines estaría justificada si la persona expulsada corriera peligro de ser sometida a torturas, tratos humanos o degradantes en el país de destino, o si lo que corriera peligro fuera su propia vida como consecuencia de la imposición o la ejecución de la pena máxima, en el caso de que el Estado que expulsa sea un Estado abolicionista.

c) Necesidad y proporcionalidad

Finalmente, y por lo que se refiere a la necesidad de la medida, el Tribunal ha desarrollado una sólida jurisprudencia que ha venido a esclarecer el alcance de una expresión tan ambigua. Por una parte, el Tribunal señaló hace ya algunas décadas que «necesario» no quería decir «imprescindible», pero que al propio tiempo tenía un alcance menos flexible que expresiones tales como «admisible», «razonable» o «útil»²¹³. Por otra parte, a la vista de la jurisprudencia del TEDH es posible destacar una serie de criterios que deben ser tomados en consideración a la hora de determinar si la medida es «necesaria en una sociedad democrática», si existe «una necesidad social imperiosa», y si la medida es proporcional en relación con el fin legítimo perseguido, a la vista de la afectación que la misma puede suponer para el derecho a la vida privada y familiar de la persona sometida a la expulsión. Entre tales criterios cabe mencionar los siguientes: la naturaleza y la gravedad del delito cometido, el tiempo transcurrido entre el momento de su comisión y la decisión de expulsar a la persona de que se trate o la ejecución de la misma, así como el comportamiento del demandante durante ese periodo, la duración de la estancia en el país del que se pretende la expulsión, la nacionalidad de las personas implicadas, la situación familiar del demandante —duración del matrimonio u otros factores que expresen la efectividad de la vida familiar de la pareja—, si el otro miembro

²¹³ Cfr. *Silver c. Reino Unido*, STEDH de 25 de marzo de 1983.

de la pareja conocía la comisión del delito en el momento en el que se inició la relación, la existencia de hijos y su edad —pues es preciso tener en cuenta el mejor interés y el bienestar de los menores que podrían verse afectados en el caso de verse obligados a vivir en el país del que es nacional su progenitor—, las dificultades para adaptarse al país de origen de la persona expulsada... Igualmente, el TEDH tiene en cuenta los lazos que el extranjero haya desarrollado en el Estado de acogida en el que ha residido una parte importante de su vida, o dicho de otro modo, «la solidez de los lazos sociales, culturales y familiares con el país de acogida y con el país de destino»²¹⁴.

Lo cierto es que, tal y como ha señalado Arrese Iriondo, el análisis de la jurisprudencia del TEDH demuestra la amplia casuística existente, de modo que la resolución final en un asunto resulta un tanto imprevisible a la vista de la múltiple combinación de factores que puede darse²¹⁵. Con base en los criterios señalados anteriormente, el Tribunal ha considerado que la medida era proporcional teniendo en cuenta los intereses en juego cuando la gravedad del delito, y por tanto, los motivos de orden público, exigen priorizar el interés de la comunidad sobre los particulares de la persona sometida a expulsión²¹⁶, o cuando, por ejemplo, la persona expulsada ha cometido un delito grave y ha construido su vida familiar con posterioridad a la adopción de la medida de expulsión²¹⁷. Por el contrario, el TEDH ha considerado que la medida no era necesaria en una sociedad democrática, no existía una imperiosa necesidad social de proceder a la expulsión del demandante, y por tanto, no era proporcional, en casos como los siguientes: inmigrante de larga duración que comete durante su adolescencia el delito que motiva su expulsión del país de acogida, país en el que ha pasado legalmente la mayor parte, si no la totalidad de su infancia y

²¹⁴ Cfr. *Mutlag c. Alemania*, op. cit., parágr. 53; *Üner c. Países Bajos*, op. cit., parágr. 40; *Maslov c. Austria*, op. cit., parágr. 36; *Onur c. Reino Unido*, op. cit., parágr. 57-58; *Boultif c. Suiza*, op. cit., parágr. 46 a 56;

²¹⁵ Cfr. N. ARRESE IRIONDO, *El derecho de reagrupación familiar de las personas extranjeras*, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, Bilbao, 2012, p. 63.

²¹⁶ Cfr. *Cherif y otros c. Italia*, STEDH de 7 de abril de 2009, parágr. 61-70; *Kaya c. Alemania*, STEDH de 28 de junio de 2007, parágr. 56 a 71; *Üner c. Países Bajos*, op. cit., parágr. 61 a 67; *Benhebba c. Francia*, STEDH de 10 de julio de 2003, parágr. 3; *Bouchelkia c. Francia*, STEDH de 7 de agosto de 1996, parágr. 35; *Boujlifa c. Francia*, STEDH de 29 de enero de 1997, parágr. 41.

²¹⁷ Cfr. la reciente sentencia en el caso *Udeh c. Suiza* en el que se hace una clara distinción entre la posible violación del derecho a la vida privada y familiar existente con respecto al hijo habido en el primer matrimonio, antes de que el Sr. Udeh cometiera el delito —violación existente en el caso de que la expulsión se ejecute—, y la relación surgida con posterioridad a la comisión del delito y a la emisión de la orden de expulsión con otra mujer, *caso Udeh c. Suiza*, STEDH de 16 de abril de 2013, parágr. 50. Cfr. igualmente las sentencias dictadas en los casos *Onur c. Reino Unido*, STEDH de 17 de febrero de 2009; *Kaya c. Alemania*, STEDH de 28 de junio de 2007; *Aoulmi c. Francia*, STEDH de 17 de enero de 2006; *Mokrami c. Francia*, STEDH de 15 de octubre de 2003.

juventud²¹⁸; extranjero sólidamente integrado en el país de acogida frente a los tenues lazos que mantiene con su país de origen, no habla su lengua y/o carece de lazos familiares o amistosos en ese país²¹⁹; extranjero que ha contraído matrimonio con una persona nacional del Estado de acogida y tiene hijos también nacionales de ese Estado²²⁰; extranjero condenado por la comisión de un delito, no tratándose de un delincuente habitual, unido a la existencia de sólidos lazos en país de acogida y a la dificultad de traslado de la familia al país de origen²²¹.

La exigencia del requisito o condición del carácter proporcional de la medida también ha sido estudiada en el marco de otros órganos de control. Así lo ha puesto de manifiesto en distintas ocasiones el Comité de Derechos Humanos, en casos como *Stewart c. Canadá*, en el que el Comité advirtió de la necesidad de analizar en las circunstancias de cada caso si la separación del autor del delito de su familia y sus efectos sobre él eran o no desproporcionados con respecto a los objetivos de la deportación. El Comité llegó a concluir que «[...] la perturbación de las relaciones familiares del Sr. Stewart, que será consecuencia inevitable de su deportación, no puede considerarse ilícita o arbitraria si la orden de deportación se dictó con arreglo a derecho, en defensa de los legítimos intereses del Estado y teniendo debidamente en cuenta las relaciones familiares del deportado»²²². Precisamente, y haciendo hincapié en tales relaciones, el Comité señaló que el Sr. Stewart estaba divorciado, tenía dos hijos y una madre que vivía en Canadá, al igual que su hermano, pero que no existía dependencia económica ni relación afectiva entre ellos. De ahí que la conclusión fuera que no se había producido infracción alguna de las disposiciones del Pacto.

²¹⁸ Cfr. *Maslov c. Austria*, STEDH de 23 de junio de 2008, parágr. 73 y 75 referida a la expulsión por diez años a Bulgaria de un menor inmigrante de segunda generación, llegado a muy corta edad a Austria, por la comisión de delitos menores no violentos, y tras demostrar un buen comportamiento mientras esperaba la ejecución de la expulsión.

²¹⁹ Cfr. *Emre c. Suecia*, STEDH de 22 de mayo de 2008: además del arraigo en Suiza, sus escasos lazos con el país de origen, los problemas médicos que padecía y el carácter definitivo de la medida adoptada. Sin embargo, en el caso *Udeh c. Suiza*, el TEDH constata que el demandante había vivido en Nigeria hasta los 21 años, por lo que tendría lazos familiares sólidos en ese país; no obstante, la presencia de otros factores le lleva a concluir que la expulsión del Sr. Udeh, de ser ejecutada, daría lugar a una violación del artículo 8, cfr. STEDH de 16 de abril de 2013, parágr. 51.

²²⁰ Cfr. *Alim c. Rusia*, STEDH de 22 de septiembre de 2011. Con unas características muy similares *Zakayev y Safanova c. Rusia*, STEDH de 11 de febrero de 2010; *Udeh c. Suiza*, STEDH de 16 de abril de 2013, parágr. 50.

²²¹ Cfr. *Omojudi c. Reino Unido*, STEDH de 24 de noviembre de 2009, parágr. 42 ss.; *Udeh c. Suiza*, STEDH de 16 de abril de 2013, parágr. 47 (condenado por un único delito de cierta gravedad).

²²² Cfr. Dictamen Comité de Derechos Humanos en el caso *Stewart c. Canadá*, CCPR/C/58/D/538/1993, 16 de diciembre de 1996, apartado 12.10.

Antes de concluir con esta cuestión, consideramos necesario llamar la atención sobre una actitud que viene mostrando el TEDH y que se traduce en evitar posicionarse sobre la existencia de una violación del derecho a la vida privada y familiar en situaciones en las que, a nuestro juicio, hubiera debido hacerlo —*Trabelsi c. Italia*²²³ y *Toumi c. Italia*²²⁴—. Nos estamos refiriendo a casos en los que habiéndose producido ya la expulsión del extranjero, y habiendo concluido el Tribunal que se había producido una violación del artículo 3 —violación del derecho a no ser sometido a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes—, considera que no es necesario entrar a valorar si también se ha producido una violación del derecho al que nos estamos refiriendo, alegado igualmente por los demandantes. Esta decisión podría entenderse en aquellos casos en los que la expulsión no se haya ejecutado aún —sirva de ejemplo el caso *Daoudi c. Francia* o *Saadi c. Italia*—, de modo que, habiendo decidido el TEDH que la ejecución constituiría una violación del artículo 3, y presumiendo que el Estado condenado cumplirá con la sentencia, puede tener sentido que el Tribunal no entre a valorar si se produciría una violación de su derecho a la vida privada y familiar en el caso de que la expulsión fuera ejecutada²²⁵. Sin embargo, a nuestro modo de ver esta decisión no encuentra justificación en aquellos casos en los que la expulsión sea ya una realidad y por tanto, además de la violación del derecho a no ser sometido a tortura puede haberse producido ya una violación del derecho a la vida privada y familiar. Pues bien, en los casos anteriormente mencionados —*Trabelsi c. Italia* y *Toumi c. Italia*—, el TEDH concluye que «ayant constaté que l'expulsion du requérant vers la Tunisie a constitué une violation de l'article 3 de la Convention, elle n'estime pas nécessaire de trancher séparément la question de savoir si la dite expulsion a méconnu également le droit au respect de la vie privée et familiale du requérant»²²⁶. Si bien en el primero de los casos el Tribunal adoptó la decisión por unanimidad, en el segundo de ellos, y en lo relativo a la violación o no del derecho a la vida privada y familiar, la sentencia se adoptó por cuatro votos contra tres, lo que dio lugar a la adopción de una opinión parcialmente disidente del Juez Malinverni, al que se le unieron los Jueces David ThörBjörgvinsson y Popovic, por entender que en el caso se había producido una violación del artículo 8 que hubiera debido ser constatada por el Tribunal²²⁷.

²²³ Cfr. *Trabelsi c. Italia*, STEDH de 13 de julio de 2010.

²²⁴ Cfr. *Toumi c. Italia*, STEDH de 5 de abril de 2011.

²²⁵ Cfr. *Daoudi c. Francia*, STEDH de 3 de diciembre de 2009. En el mismo sentido *Sellem c. Italia*, STEDH de 5 de mayo de 2009; *Saadi c. Italia*, STEDH de 28 de febrero de 2008.

²²⁶ Cfr. *Toumi c. Italia*, STEDH de 5 de abril de 2011; *Trabelsi c. Italia*, STEDH de 13 de abril de 2010, parágr. 61.

²²⁷ Cfr. Opinión parcialmente disidente del Juez Malinverni a la que se unen los Jueces David ThörBjörgvinsson y Popovic, parágr. 1 a 8.

4. Derecho a un proceso equitativo

El derecho a un proceso equitativo, con todas las garantías, se encuentra recogido en todos los instrumentos internacionales generales de protección de derechos humanos, como por ejemplo en los artículos 10 y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 o en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Se trata de un derecho que engloba dentro de sí un sinnúmero de garantías —algún autor se ha referido a este derecho como el derecho de los derechos—, entre las que cabría mencionar el derecho a la presunción de inocencia, el derecho a un juez independiente e imparcial, a un proceso sin dilaciones indebidas, a la segunda instancia penal, el derecho a que se respete el principio de contradicción, el derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra el acusado, entre otros.

En este sentido, han sido varias las ocasiones en las que se ha planteado que la expulsión podría producir la violación de este derecho. Así, en el caso *Soering* el TEDH se refirió por primera vez a la posible violación del artículo 6. La sentencia puso de relieve lo siguiente: «La Cour n'exclut pas qu'une décision d'extradition puisse exceptionnellement soulever un problème sur le terrain de ce texte au cas où le fugitif aurait subi ou risquerait de subir un déni de justice flagrant», aun cuando en el caso concluyó que no se daban las circunstancias para afirmar que había existido tal denegación de justicia²²⁸. Por tanto, no cualquier violación sino sólo la *flagrante* violación del derecho a juicio equitativo que pueda sufrir la persona sometida a un procedimiento de extradición, o de expulsión, una vez se encuentre en el estado de destino, podría llevar consigo la condena del Estado que adopta tal decisión. Como ha señalado Wouters, quizás sea la naturaleza derogable del artículo 6, tal y como se desprende de lo dispuesto en el artículo 15.2 del CEDH, lo que haga que sólo las *flagrantes* violaciones de aquél puedan dar lugar a una violación extraterritorial del Convenio²²⁹. No obstante, el propio TEDH ha señalado que el derecho a un juicio equitativo ocupa un lugar prominente en las sociedades democráticas²³⁰.

Tiempo después de la sentencia *Soering*, en otros casos —*Drozd y Jaloušek c. Francia y España*, *Mamatkulov y Askarov c. Turquía*, *Al Moayad c. Alemania* o *Al-Saadoon y Mufdhi c. Gran Bretaña*²³¹—, el TEDH ha vuelto a afir-

²²⁸ Cfr. *Soering c. Reino Unido*, STEDH de 7 de julio de 1989, parágr. 113.

²²⁹ Cfr. C. K. WOUTERS, *International legal standards from protection from refoulement*, 2009, p. 348.

²³⁰ Cfr. entre otras *Soering c. Reino Unido*, *op. cit.*, parágr. 113; *Al Moayad c. Alemania*, Decisión sobre admisibilidad de 20 de febrero de 2007, parágr. 101.

²³¹ Cfr. *Drozd y Jaloušek c. Francia y España*, STEDH de 26 de junio de 1992, parágr. 110; *Einhorn c. Francia*, Decisión sobre admisibilidad del TEDH de 16 de octubre de 2001,

mar sin ambages que la extradición (pero a estos efectos el razonamiento sería el mismo para la expulsión) podría provocar una violación extraterritorial del derecho a un juicio equitativo, aunque en ninguno de esos casos concluyera que se había producido.

Ahora bien, ¿qué debe entenderse por «flagrante» violación del derecho a un juicio equitativo? A la vista de lo afirmado por el Tribunal en los casos en los que ha tenido ocasión de abordar esta cuestión podría afirmarse que podrían constituir violaciones flagrantes del derecho a un juicio justo hechos o situaciones como las siguientes: la negación del derecho a un nuevo proceso tras proceder a la entrega, y la consiguiente aplicación de la cadena perpetua previamente impuesta en rebeldía (*Einhorn c. Francia*); el sometimiento del acusado a un tribunal que no reúna las condiciones de independencia e imparcialidad, en aras a revisar la legalidad de la detención y su puesta en libertad, ante indicios manifiestamente mal fundados de su responsabilidad (*Al Moayad c. Alemania*)²³²; el absoluto desconocimiento del derecho a la defensa: aportación de pruebas única y exclusivamente por parte de la fiscalía, no presentación de las mismas en la fase oral, una fase oral en la que no están presentes ni el acusado ni su abogado (*Bader y otros c. Suecia*)²³³, la deliberada y sistemática denegación del acceso a un abogado, especialmente en los casos en los que la persona es detenida en un país extranjero²³⁴, pero no lo sería la mera negación del derecho a elegir libremente su representante legal.

Hasta el momento, sólo en el caso *Othman c. Gran Bretaña* el TEDH ha concluido que la expulsión de una persona supondría una violación extraterritorial del derecho a un juicio equitativo. En efecto, tras concluir que con

parágr. 32; *Mamatkulov and Askarov c. Turquía*, STEDH de 4 de febrero de 2005, parágr. 90-91; *Al Moayad c. Alemania*, Decisión sobre Admisibilidad, 20 de febrero de 2007, parágr. 102; *Al-Saadoon and Mufdhi c. Gran Bretaña*, STEDH de 2 de marzo de 2010, parágr. 149.

²³² La denegación de justicia «occurs where a person is detained because of suspicions that he has been planning or has committed a criminal offence without having any access to an independent and impartial tribunal to have the legality of his or her detention reviewed and, if the suspicions do not prove to be well founded, to obtain release», cfr. *Al Moayad c. Alemania*, STEDH de 20 de febrero de 2007, parágr. 101.

²³³ Cfr. *Bader y otros c. Suecia*, STEDH de 8 de febrero de 2006, parágr. 47: «it transpires from the Syrian judgment that no oral evidence was taken at the hearing, that all the evidence examined was submitted by the prosecutor and that neither the accused nor even his defence lawyer was present at the hearing. The Court finds that, because of their summary nature and the total disregard of the rights of the defence, the proceedings must be regarded as a flagrant denial of a fair trial (see, *mutatis mutandis*, *Mamatkulov and Askarov*, cited above, § 88). Naturally, this must give rise to a significant degree of added uncertainty and distress for the applicants as to the outcome of any retrial in Syria».

²³⁴ Cfr. *Al Moayad c. Alemania*, *op. cit.*, parágr. 101. «Likewise, a deliberate and systematic refusal of access to a lawyer to defend oneself, especially when the person concerned is detained in a foreign country, must be considered to amount to a flagrant denial of a fair trial within the meaning of Article 6 §§ 1 and 3 (c)».

la expulsión del Sr. Othman no se produciría violación de los artículos 2 y 3, puesto que las garantías ofrecidas por Jordania podían considerarse suficientes para que ambos derechos quedaran protegidos, afirmó que la expulsión podría, sin embargo, dar lugar a la violación del artículo 6. Y es que el Othman esgrimió, y el TEDH aceptó como cierto, que en Jordania podría ser sometido a un proceso judicial basado en pruebas obtenidas sometiendo a tortura a terceras personas, de ahí que concluyera que la expulsión de Othman a Jordania constituiría una flagrante violación del artículo 6. Nada dijo el Tribunal de los otros elementos que en opinión del demandante también constituirían la manifestación de la flagrante violación del derecho a un juicio equitativo, tales como su enjuiciamiento por un tribunal militar y con un fiscal también militar o la imposibilidad del tribunal encargado de su enjuiciamiento de investigar si las pruebas en cuestión fueron obtenidas bajo tortura.

5. El dudoso papel de las garantías diplomáticas ofrecidas por los Estados de destino

Como es bien conocido, en los últimos tiempos viene siendo cada vez más habitual una práctica estatal consistente en condicionar la extradición, expulsión, o, en general, la entrega de personas a las autoridades de terceros Estados —sobre todo personas acusadas de terrorismo o de poner en peligro la seguridad nacional—, a la previa obtención de garantías diplomáticas por parte del Estado que entrega, con la pretensión de dar cumplimiento formal a la obligación de no devolución de persona alguna al territorio de un Estado en el que pudiera ser condenado a la «pena capital o en el que la pena pudiera llegar a ejecutarse —al menos en el caso de los Estados abolicionistas²³⁵—, o bien a un Estado en el que pudiera ser sometido a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes, esencialmente. Ello ha llevado al TEDH, al Comité de Derechos Humanos o al Comité contra la Tortura a analizar la validez y la eficacia de las garantías ofrecidas²³⁶.

²³⁵ Cfr., en ese sentido, la sentencia dictada por el TEDH en el caso *Aylor Davis c. Francia*, de 20 de enero de 1994, en la que el Tribunal señaló que las garantías ofrecidas por Estados Unidos como Estado receptor de que el Sr. Davis no sería ejecutado eliminaban el riesgo de que el demandante fuera condenado a la pena capital, por lo que Francia no habría violado la prohibición de no imponer la pena de muerte.

²³⁶ En los contextos regionales, los órganos de control no han tenido ocasión de posicionarse sobre la validez y legitimidad de las garantías diplomáticas. Sólo en el marco del contexto regional americano, el juez Cançado Trindade señaló en el caso *Goiburú y otros c. Paraguay* que consideraba inaceptable las prácticas de algunos gobiernos consistentes en limitar su responsabilidad solicitando garantías diplomáticas a los países respecto de los que existen motivos fundados para creer que se practica la tortura.

Desde que el TEDH dictara sentencia en el caso *Chahal c. Reino Unido* han sido numerosos los asuntos en los que, bien el propio Tribunal bien otros órganos internacionales de control del respeto de los derechos humanos, se ha debido analizar el papel de las garantías diplomáticas de aseguramiento de la integridad física de las personas sometidas a procesos de extradición o expulsión, particularmente tras los atentados del 11-S. Una de las últimas sentencias del TEDH en relación con esta cuestión ha sido la dictada en el caso *Othman c. Gran Bretaña* en enero de 2012, y que sirve para ilustrar perfectamente el entramado de problemas que las garantías diplomáticas presentan y el estado de la cuestión en este momento.

Omar Othman, conocido también como Abu Qatada, fue reconocido como refugiado en Gran Bretaña en el año 1994. Sin embargo, fue sometido a un doble enjuiciamiento en rebeldía en Jordania (en 1999 y 2000) por su presunta implicación en delitos relacionados con terrorismo; los procesos concluyeron con su condena a cadena perpetua. Othman esgrimió ante las autoridades británicas y más tarde ante el TEDH que su deportación a Jordania por motivos de seguridad nacional suponría una violación de los artículos 2, 3, 5 y 6 del Convenio Europeo, a pesar de las garantías ofrecidas por las autoridades de aquel país. Y es que Gran Bretaña había concluido un Memorando de Entendimiento con Jordania en agosto de 2005, como lo ha hecho también con otros Estados (Libia, Líbano y Etiopía, entre otros), con el propósito de obtener garantías diplomáticas y así asegurar que las personas enviadas desde Gran Bretaña no serían sometidas a torturas ni a otras violaciones de derechos humanos. Pues bien, el TEDH analizó en la sentencia dictada en este caso los elementos que considera necesario tener en cuenta de cara a establecer la validez o no de las garantías ofrecidas por un Estado, en este caso Jordania.

En primer lugar, el Tribunal se refirió a un conjunto de criterios ligados a las propias garantías ofrecidas por los Estados, a tener en cuenta de cara a determinar si las garantías ofrecidas son suficientes o no:

1. Publicidad y disponibilidad por parte del TEDH de la documentación acreditativa de los compromisos asumidos por el Estado de destino o si, por el contrario, simplemente se ha tenido tal información de forma indirecta. Así, por ejemplo, en el caso *Ryabikin c. Rusia* el Tribunal constató que no había dispuesto de una copia de la carta esgrimida por el gobierno ruso en la que el Fiscal General de Turkmenistán ofrecía garantías de que el demandante no sería maltratado en ese país; de ahí que considerara que la garantía no era suficiente. Esa misma circunstancia se produjo en el caso *Muminov c. Rusia*, si bien en este caso las garantías procedían de las autoridades uzbekas²³⁷.

²³⁷ Cfr. la constatación por parte del TEDH de la falta de pruebas de la existencia de tales garantías, por no haberse hecho públicos los acuerdos que las contienen ni siquiera para el

2. Términos en los que se ofrecen las garantías. Según concluye el TEDH, debe analizarse si se trata de garantías concretas y específicas o, por el contrario, vagas y generales, o una mera repetición de lo que es legal o ilegal en el Estado que las ofrece. En los casos *Klein c. Rusia*, respecto de las garantías ofrecidas por el Ministro de Asuntos Exteriores de Colombia, o *Khaydarov c. Rusia*, respecto de las garantías ofrecidas por el Fiscal General de Tayikistán, el TEDH concluyó que no eran garantías suficientes por entender que la mera afirmación de haber ratificado éste o aquel tratado de protección de derechos humanos no constituía garantía alguna²³⁸. Tampoco lo han sido en el caso *Labsi c. Eslovaquia* las garantías ofrecidas por el Ministro de Justicia de Argelia consistentes, simplemente, en afirmar que la tortura está prohibida y penada en la legislación argelina, o que el CICR tiene la posibilidad de entrevistar a los detenidos en privado²³⁹. Por el contrario, en el caso *Othman c. Gran Bretaña* el TEDH llama la atención sobre los esfuerzos realizados tanto por Gran Bretaña como por Jordania para concluir el MOU, un memorando del que ha dispuesto y que, según advierte, «is superior in both its detail and its formality to any assurances which the Court has previously examined» e incluso «the MOU would also appear to be superior to any assurances examined by the United Nations Committee»²⁴⁰.

3. Autoridad que ofrece las garantías: este criterio pretende determinar si tiene o no la facultad para obligar al Estado, puesto que, como ya señalara Sánchez Legido, raramente se ofrecen al más alto nivel, siendo lo más habitual que las mismas sean ofrecidas por los jefes de misión u otro personal de las correspondientes Embajadas²⁴¹. El TEDH ha descartado la validez de las garantías ofrecidas por el Fiscal General del Estado de Turkmenistán en el caso *Soldatenko c. Ucrania*, o por el *Avocat General* de la Dirección General de los Servicios Judiciales tunecinos en el caso *Trabelsi c. Italia*²⁴². En esta misma línea, el TEDH tiene en cuenta también si las garantías han sido ofrecidas por las autoridades centrales del Estado que recibe al expulsado y si se puede esperar que las autoridades locales las respeten. Así, en el caso *Chahal c. Gran*

Tribunal en los siguientes casos: *Ryabikin c. Rusia*, STEDH de 19 de junio de 2008, parágr. 119; *Muminov c. Rusia*, STEDH de 11 de diciembre de 2008, parágr. 97.

²³⁸ Cfr. *Klein c. Rusia*, STEDH de 1 de abril de 2010, parágr. 55; *Khaydarov c. Rusia*, STEDH de 20 de mayo de 2010, parágr. 111; y *Saadi c. Italia*, *op. cit.*, parágr. 147.

²³⁹ Cfr. *Labsi c. Eslovaquia*, STEDH de 15 de mayo de 2012, parágr. 121-122.

²⁴⁰ Cfr. *Othman c. Gran Bretaña*, STEDH de 17 de enero de 2012, parágr. 194.

²⁴¹ Cfr. A. SÁNCHEZ LEGIDO, «Garantías diplomáticas, no devolución y prohibición de la tortura», *op. cit.*, pp. 27-28.

²⁴² Cfr. *Soldatenko c. Ucrania*, STEDH de 23 de octubre de 2008, parágr. 73; *Trabelsi c. Italia*, STEDH de 13 de abril de 2010, parágr. 46. En esta misma línea cfr. los casos *Ben Khemais, c. Italia*, STEDH de 24 de febrero de 2009, parágr. 59; *Garayev c. Azerbaijan*, STEDH de 18 de febrero de 2010, parágr. 74, entre otras.

Bretaña, el Tribunal advirtió que no dudaba de la buena fe del Gobierno indio cuando ofreció garantías de que el Sr. Chahal no sería torturado tras su expulsión. Sin embargo, «parece que, a pesar de los esfuerzos desplegados por éste [...] y los tribunales indios para introducir una reforma, las violaciones de los derechos humanos perpetradas en Pendjab y en otras regiones indias por algunos miembros de las fuerzas de seguridad, constituyen un problema persistente y difícil de resolver»²⁴³.

4. Inclusión o no de mecanismos de verificación del respeto de los derechos de la persona sometida a proceso de extradición o expulsión y su efectiva aplicación en un caso dado, una vez que la entrega ha tenido lugar. Así, en los casos *Saadi y Ben Khemais*, ambos contra *Italia*, el TEDH consideró relevante que no existieran mecanismos para ejercer un control sobre el estado de salud de los demandantes una vez que la expulsión había tenido lugar, o el rechazo sistemático de los observadores internacionales por parte de las autoridades de Turkmenistán en el caso *Ryabikin c. Rusia*²⁴⁴. Incluso existiendo mecanismos de control, cabría cuestionar la independencia de los órganos a los que se les ha encomendado tal función. Así, en el marco del caso del Sr. Othman, *Human Rights Watch* había puesto en tela de juicio la independencia y la capacidad de presión ante las autoridades jordanas de la ONG local, concretamente el *Centro de Estudios de Derechos Humanos de Adaleh*, a la que se le había asignado la función de control una vez se hubiera ejecutado la devolución²⁴⁵, dudas que no preocuparon al TEDH pues consideró que las garantías ofrecidas por Jordania eran adecuadas y suficientes, al igual que el mecanismo de control posterior²⁴⁶.

Incluso existiendo mecanismos de supervisión, en alguna ocasión se ha llegado a cuestionar la legalidad de la actuación del Estado en el caso de no hacer uso de los mismos, dejando a su suerte al individuo sometido a expulsión. Así se planteó en el seno del Comité de Derechos Humanos en el caso *Alzery c. Suecia*, en el que las autoridades suecas no hicieron un uso adecuado de los mecanismos de verificación del respeto de los derechos del Sr. Alzery, puesto que las visitas del embajador de Suecia en Irán y de algunos funcionarios de ese Estado no tuvieron lugar sino cinco semanas después de su expulsión, lo

²⁴³ Cfr. *Chahal c. Reino Unido*, STEDH de 15 de noviembre de 1996, parágr. 105.

²⁴⁴ Cfr. *Ben Khemais c. Italia*, STEDH de 24 de febrero de 2009, parágr. 61; *Saadi c. Italia*, STEDH de 28 de febrero de 2009, parágr. 148; *Ryabikin c. Rusia*, STEDH de 19 de junio de 2008, parágr. 119; *Kolesnik c. Rusia*, STEDH de 17 de junio de 2010, parágr. 73. En el seno de otros órganos de control, cfr. los casos *Agiza c. Suecia*, CAT/C/34/D/233/2003, de 20 de mayo de 2005; *Alzery c. Suecia*, CCPR/C/88/D/141/6/2005, 10 de noviembre de 2006, parágr. 11.5 y *Pelit c. Azerbayán*, CAT/C/38/281/2005, decisión de 29 de mayo de 2007.

²⁴⁵ Cfr. HRW, «Mind the Gap Diplomatic Assurances and the Erosion of the Global Ban on Torture», 2008.

²⁴⁶ Cfr. *Othman c. Gran Bretaña*, STEDH de 17 de enero de 2012, parágr. 203 y 204.

que supuso descuidar la situación de esa persona en el período de máxima exposición al riesgo de ser sometido a tortura; además, las visitas se produjeron incumpliendo las buenas prácticas internacionales puesto que no tuvieron acceso privado al detenido ni se insistió en que se realizaran exámenes médicos y forenses, incluso después de surgir importantes acusaciones de maltrato²⁴⁷.

5. Control de la validez de las garantías obtenidas por parte de los Tribunales del Estado que procede a la expulsión o a la extradición. En el marco del caso *Murat Gasayev c. España* el TEDH valoró favorablemente que los tribunales españoles hubieran supervisado las garantías ofrecidas por Rusia —Estado al que el Sr. Gasayev iba a ser extraditado—, en el sentido de que no sería condenado a la pena capital ni a la cadena perpetua, y, por supuesto, que no sería sometido a torturas o a tratos inhumanos una vez entregado. Y es que fueron varias las intervenciones de la Audiencia Nacional —25 de septiembre, 7 de noviembre, y 26 y 27 de diciembre de 2007—, dirigidas a conseguir, completar, matizar las garantías que las autoridades rusas —y más concretamente su Fiscal General— estaban ofreciendo antes de proceder a la autorización de la extradición²⁴⁸.

El segundo grupo de criterios a los que el TEDH hace referencia para determinar la validez o no de las garantías tiene que ver con elementos relacionados con los propios Estados implicados: si el Estado de destino es o no un Estado contratante del Convenio Europeo de Derechos Humanos²⁴⁹; la solidez —duración y extensión— de las relaciones bilaterales entre los Estados que han celebrado el acuerdo de garantías²⁵⁰; la existencia de un sistema efectivo de protección contra la tortura en el estado receptor, incluyendo si existe voluntad de cooperar con ONGs u otros organismos en caso de alegación de alguna violación²⁵¹; la existencia de informes procedentes de fuentes fiables —Amnistía Internacional, Cruz Roja o Human Rights Watch, por ejemplo— que hayan denunciado prácticas empleadas o toleradas por las autoridades estatales del Estado que ofrece las garantías, prácticas que contravienen los principios del Convenio²⁵². De este modo, el peso y la validez de las garantías

²⁴⁷ Cfr. *Alzery c. Suecia*, CCPR/C/88/D/1416/2005, 10 de noviembre de 2006, parágr. 11.5.

²⁴⁸ Cfr. *Murat Gasayev c. España*, STEDH de 17 de febrero de 2009, apartado 1.

²⁴⁹ Cfr. *Chentiev e Ibragimov c. Eslovaquia*, STEDH de 14 de diciembre de 2010.

²⁵⁰ Cfr. *Babar Ahmad y otros c. Reino Unido*, STEDH de 10 de abril de 2012, parágr. 107-108; *Al Moayad c. Alemania*, STEDH de 20 de febrero de 2007, parágr. 68.

²⁵¹ Cfr. *Ben Khemais c. Italia*, *op. cit.*, parágr. 59-60; *Sodaltenko c. Ucrania*, *op. cit.*, parágr. 73; *Koktysh c. Ucrania*, STEDH de 10 de diciembre de 2010, parágr. 63.

²⁵² Cfr. *Saadi c. Italia*, *op. cit.*, parágr. 147; *Ismoilov c. Rusia*, STEDH de 24 de abril de 2008, parágr. 127; *Ryabikin c. Rusia*, STEDH de 19 de junio de 2008, parágr. 119; *Ben Khemais c. Italia*, STEDH de 24 de febrero de 2009, parágr. 4 a 7; *Klein c. Rusia*, STEDH de 1 de abril de 2010, parágr. 55; *Othman c. Gran Bretaña*, STEDH de 17 de enero de 2012.

ofrecidas dependen de las circunstancias presentes en el contexto considerado. Unas mismas garantías pueden ser suficientes en un contexto e insuficientes en otro²⁵³.

En tercer y último lugar se encuentran los criterios relacionados con la persona a la que afectan las garantías: si existen denuncias por su parte, e incluso pruebas, de haber sido previamente maltratada en el país receptor²⁵⁴, si se trata de una persona anónima o, por el contrario, una persona de relevancia a nivel nacional o internacional o si, por ejemplo, ha desempeñado un papel determinante, en el caso de tratarse de una persona responsable de la participación en actos de terrorismo internacional. Así, en el caso *Chahal c. Gran Bretaña*²⁵⁵ o en el caso *Othman c. Gran Bretaña*²⁵⁶ el TEDH afirmó que la notoriedad de los demandantes aumentaba el riesgo de que fueran a ser sometido a torturas frente al argumento inverso de Gran Bretaña en ambos casos.

Pues bien, en el caso del que partimos, el TEDH concluyó por unanimidad que la expulsión del Sr. Othman no supuso una violación de los artículos 3, 5 ni 13. Aun cuando el propio TEDH reconoció sin ambigüedad que «the picture painted by the reports of United Nations bodies and NGOs of torture in Jordanian prisons is as consistent as it is disturbing. Whatever progress Jordan may have made, torture remains, in the words of the United Nations Committee Against Torture, “widespread and routine”», y apuntó que «the evidence shows that the Jordanian criminal Justice system lacks many of the standard, internationally recognised safeguards to prevent torture and punish its perpetrators»²⁵⁷, concluyó que las garantías ofrecidas por Jordania en virtud del MOU celebrado con Gran Bretaña excluirían el peligro de que el Sr. Othman fuera sometido a tortura, a la violación de su derecho libertad y a la seguridad o la violación de su derecho a un recurso efectivo²⁵⁸, pero sí podría suponer una violación del artículo 6, esto es, de la disposición que reconoce el derecho a un proceso equitativo, puesto que podría ser sometido en Jordania a un nuevo proceso basado en pruebas obtenidas sometiendo a terceros a tortura o tratos inhumanos²⁵⁹.

A nuestro modo de ver las garantías diplomáticas no son más que un intento de eludir la obligación de los Estados de no entregar a persona alguna a un Estado en el que derechos inderogables, como el derecho a no ser sometido a

²⁵³ Cfr. *Toumi c. Italia*, STEDH de 5 de abril de 2011, parágr. 52 a 55. En el mismo sentido, *Saadi c. Italia*, STEDH de 28 de febrero de 2009, parágr. 148.

²⁵⁴ Cfr. *Koktysh c. Ucrania*, STEDH de 10 de diciembre de 2010, parágr. 64.

²⁵⁵ Cfr. *Chahal c. Gran Bretaña*, STEDH de 15 de noviembre de 1996, parágr. 106.

²⁵⁶ Cfr. *Othman c. Gran Bretaña*, STEDH de 17 de enero de 2012, parágr. 196.

²⁵⁷ *Ibid.*, parágr. 191.

²⁵⁸ *Ibid.*, parágr. 190 a 197.

²⁵⁹ Concretamente, la sentencia señala lo siguiente: «The Court does not exclude that similar considerations may apply in respect of evidence obtained by other forms of ill-treatment which fall short of torture». Cfr. *supra* apartado III.4.

tortura, puedan ser violados²⁶⁰. Si se exigen es porque se reconoce que existen serias dudas sobre el respeto de los derechos humanos en los países de destino, y, como ya señalara Sánchez Legido, realmente no hay motivo para pensar que un Estado que incumple las obligaciones internacionales asumidas en un tratado internacional, jurídicamente vinculante, vaya a respetar unas garantías diplomáticas cuya naturaleza resulta mucho más difusa²⁶¹. Si a ello le añadimos, por una parte, la dificultad para constatar o probar en algunos casos la existencia de actos de tortura²⁶², y por otra parte, el hecho de que a los Estados implicados —Estado que envía y Estado receptor— no les interesa que salgan a la luz las violaciones de derechos humanos ocurridas tras la entrega²⁶³, pues pondrían en evidencia la ineficacia de las garantías obtenidas y la violación de las obligaciones por parte de ambos, no podemos concluir otra cosa que nuestro más absoluto rechazo de las garantías diplomáticas.

IV. ALGUNAS PRECISIONES SOBRE EL LUGAR DESDE EL QUE SE EFECTÚA LA EXPULSIÓN Y SUS CONSECUENCIAS

A lo largo del presente trabajo hemos analizado los límites personales y materiales que todo Estado debe respetar a la hora de adoptar la decisión de expulsar a un extranjero. Ahora bien, antes de concluir consideramos oportuno insistir en una idea que ha ido surgiendo de forma parcial a lo largo del trabajo, relacionada con el espacio o lugar en el que los límites objeto de análisis son aplicables. En efecto, en los últimos tiempos se ha puesto de manifiesto la tendencia de algunos Estados a eludir sus responsabilidades en materia de derechos humanos esgrimiendo que las presuntas violaciones a los mismos se habrían producido fuera de su territorio nacional, por tanto, en un lugar en el que, según suelen pretender, no resultarían de aplicación sus obligaciones internacionales en esa materia. Un ejemplo que ilustra lo que acabamos de se-

²⁶⁰ Cfr. Doc ONU, A/HRC/13/39, 9 de febrero de 2010, p. 18, parágr. 67. En el mismo sentido, cfr. el Informe de la Comisión Internacional de Juristas, *Assesing Damage, Urging Action: Report of the Eminent Jurists Panel on Terrorism, Counterterrorism and Human Rights*, Ginebra, 2009, p. 167.

²⁶¹ Cfr. los comentarios en este sentido de A. SÁNCHEZ LEGIDO, «Garantías diplomáticas, no devolución y prohibición de la tortura», *op. cit.*, pp. 30 y 34.

²⁶² Cfr. HRW, «Mind the Gap Diplomatic Assurances and the Erosion of the Golbal Ban on Torture», 2008.

²⁶³ Un ejemplo de lo que se acaba de señalar es el caso en el que se vieron implicados Ahmed Agiza y su esposa. En él, el Comité contra la Tortura descubrió que el gobierno sueco no había revelado por completo un informe de seguimiento de enero de 2002 que contenía denuncias de Ahmed Agiza de que había sido golpeado y que había sido víctima de otros malos tratos bajo custodia egipcia en las semanas posteriores a su retorno a Egipto.

ñar fue la actitud de Estados Unidos en relación con los hechos ocurridos en el interior de la base militar de Guantánamo sobre suelo cubano, pero podría destacarse igualmente otras situaciones como las que se plantean cuando los hechos son cometidos por agentes de un Estado, o de una Organización internacional, en el territorio de otro, por ejemplo, en el marco de una operación de mantenimiento o de imposición de la paz autorizada por Naciones Unidas o en el marco de una ocupación manifiestamente ilegal, o cuando los hechos se producen en espacios no sometidos a la jurisdicción de ningún Estado, como por ejemplo el alta mar.

En este sentido, conviene recordar que el Comité contra Tortura ya señaló en la Observación General n.º 2 (2007) que el artículo 2 del Convenio exige que los Estados adopten medidas eficaces para impedir los actos de tortura no sólo en su propio territorio, sino también «en todo territorio que esté bajo su jurisdicción». Ello incluye, señalaba la citada observación «todos los ámbitos en que el Estado Parte ejerce, directa o indirectamente, en todo o en parte, un control efectivo *de jure* o *de facto*, de conformidad con el derecho internacional». Y aún decía algo más, «la referencia a “todo territorio” del artículo 2, como la que figura en los artículos 5, 11, 12, 13 y 16 del Convenio contra la Tortura, guarda relación con los actos prohibidos cometidos no sólo a bordo de un buque o una aeronave matriculados en un Estado Parte, sino también durante la ocupación militar u operaciones de mantenimiento de la paz y en lugares tales como embajadas, bases militares, centros de detención u otras áreas en las que el Estado ejerza un control de hecho o efectivo»²⁶⁴. También el Comité de Derechos Humanos ha tenido ocasión de analizar esta cuestión, por ejemplo, en el marco de las observaciones al informe presentado por Estados Unidos, Estado que defendía que no estaba sometido a la obligación internacional de respetar el principio de no devolución respecto de las personas detenidas fuera de su territorio. Pues bien, el Comité señaló con rotundidad que Estados Unidos, como Estado parte en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos debía «adoptar todas las medidas necesarias para asegurar que ninguna persona, tampoco las que se hallen detenidas fuera de su territorio, sea trasladada a otro país mediante, entre otras modalidades, la transferencia, la entrega, la extradición, la expulsión o la devolución, si hay razones consistentes para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura o a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes»²⁶⁵.

²⁶⁴ Cfr. Observación General n.º 2 del Comité contra la Tortura: «Aplicación del artículo 2 por los Estados parte», parágr. 16.

²⁶⁵ Cfr. Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos al informe presentado por Estados Unidos de América, CCPR/C/USA/CO/3/Rev.1, 18 de diciembre de 2006, parágr. 116; cfr. igualmente Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos al informe presentado por Gran Bretaña e Irlanda del Norte, UN Doc. CCPR/C/GBR/CO/6, 30 de julio de 2008, parágr. 12 y 14: «El Estado parte debe velar por que no se devuelva a ninguna persona,

Esta cuestión se ha planteado también en el seno del TEDH en varios asuntos, uno de ellos reciente, como es el caso *Al Saadoon y Mufdhi c. Reino Unido*. Los demandantes (dos ciudadanos iraquíes en poder de las fuerzas británicas en el territorio de Irak) fueron entregados a las autoridades del Estado huésped para su posterior enjuiciamiento por los tribunales de Irak, pues al parecer habían cometido un delito penado en Irak con la pena capital. Al Saadoon y Mufdhi consideraban que su entrega a las autoridades iraquíes constituyó una violación por parte de Gran Bretaña de los artículos 2 y 3 del CEDH, así como del artículo 1 del Protocolo 13. Gran Bretaña, por su parte, esgrimió que no tuvo otra opción que proceder a la entrega de ambos individuos, puesto que habían sido detenidos en Irak, y era en Irak donde se encontraban, dándose además la circunstancia de que Gran Bretaña había celebrado un *Memorandum of Understanding* que les obligaba a la entrega. Pues bien, en esta situación, el TEDH ha dejado claro que el hecho de que Gran Bretaña hubiera celebrado un memorándum con aquel país no le eximía del cumplimiento de sus obligaciones en virtud del Convenio: «it is not open to a Contracting State to enter into an agreement with another State which conflicts with its obligations under the Convention. This principle carries all the more force in the present case given the absolute and fundamental nature of the right not to be subjected to the death penalty and the grave and irreversible harm risked by the applicants», de ahí que concluyera que la entrega constituyó una violación del artículo 3, pero como ya hemos señalado en otro lugar, nada dijo de la violación del artículo 2 o del Protocolo 13²⁶⁶. En definitiva, lo determinante no es tanto si la entrega se produce desde el territorio soberano sino si se produce desde un espacio o en una situación bajo la autoridad y el control del Estado²⁶⁷.

Por otra parte, y tal y como hemos tenido ocasión de mencionar en otro lugar, es habitual que quienes huyen de sus países de origen por motivos varios —ya sea porque están siendo víctimas de persecución o, simple y llanamente, porque huyen de la miseria extrema en busca de una vida mejor—, utilicen el medio marino como vía a través de la cual acceder a lo que ven como la tierra de las oportunidades, una práctica que, como decíamos, no es novedosa, pero que se ha intensificado en los últimos años con la crisis económica global y,

incluidas las personas sospechosas de terrorismo, a otro país si hay razones sustanciales para temer que serán sometidas a tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes», «El Estado parte debe declarar claramente que el Pacto es aplicable a todas las personas sometidas a su jurisdicción o control», incluidas las instalaciones de detención en Afganistán e Irak.

²⁶⁶ Cfr. *Al Saadoon y Mufdhi c. Reino Unido*, STEDH de 4 de octubre de 2010, parágr. 138.

²⁶⁷ Cfr. en este sentido, A. CASSESE, «Are International Human Rights Treaties and Customary Rules on Torture Binding upon US Troops in Iraq?», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 2-3, 2004, pp. 872-878, p. 874; L. CONDORELLI y P. DE SENA, «The Relevance of the Obligations Flowing from the UN Covenant on Civil and Political Rights to US Courts Dealing with Guantanamo Detainees», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 2-1, 2004, pp. 107-120, pp. 111-112.

particularmente, con las revueltas habidas con ocasión de lo que se ha dado en denominar la *primavera árabe*. La respuesta de los Estados, particularmente de los países europeos, no se ha hecho esperar, y se ha traducido en el reforzamiento de los controles fronterizos, incluso su externalización a espacios no sometidos a la jurisdicción de ninguno de ellos, como el alta mar. Un ejemplo de lo que pretendemos poner de relieve en este momento se puso de manifiesto en el caso *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, mencionado al hilo del estudio de la prohibición de las expulsiones colectivas. Y es que, frente a la demanda del Sr. Hirsi Jamaa y otros de haber sido víctimas de la violación de algunos derechos recogidos en el Convenio, la actitud de las autoridades italianas consistió en negar la jurisdicción del TEDH para conocer del asunto, pues en su opinión Italia no ejerció en ningún momento un control absoluto y exclusivo sobre los demandantes; se trató, simplemente, según la versión italiana, de una operación de salvamento, a personas cuya vida corría peligro en alta mar, una operación que no duró más allá de diez horas lo que «n'entraîne en soi la création d'un lien entre l'État et les personnes concernées qui pourrait établir la juridiction de celui-ci»²⁶⁸. A la vista de la argumentación, el TEDH señaló que, efectivamente, la jurisdicción de un Estado es esencialmente territorial y recordó que sólo había admitido en circunstancias excepcionales que los actos realizados por un Estado parte más allá de sus fronteras pudieran analizarse desde la perspectiva del artículo 1 de la Convención²⁶⁹. El TEDH no discutió algo obvio como es la circunstancia de que los hechos no se habían producido en territorio italiano sino a bordo de navíos militares de bandera italiana en alta mar. Sin embargo, recordó en su sentencia que las personas que se encuentran a bordo de un buque que navega por aguas internacionales quedan sometidas a la jurisdicción exclusiva del estado del pabellón, sin que éste pueda esgrimir tal circunstancia para incumplir las normas internacionales de protección de los derechos humanos que le vinculan. En este sentido, el TEDH afirmó de forma contundente que desde el momento en que los veinticuatro extranjeros subieron a bordo de buques de las fuerzas armadas italianas y hasta el momento de ser entregados a las autoridades libias, se encontraban bajo el control continuo y exclusivo, *de jure* y *de facto*, de Italia, de ahí la obligación de sus autorida-

²⁶⁸ Cfr. *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, *op. cit.*, parágr. 65.

²⁶⁹ Así, por ejemplo, en el caso *Loizidou c. Turquía*, el TEDH consideró que una parte contratante podía incurrir en responsabilidad por hechos cometidos más allá de su territorio como consecuencia de una acción militar, legal o no, en el supuesto de que ejerciera de facto un control sobre la zona situada más allá de sus fronteras (cfr. *Loizidou c. Turquía*, Excepciones preliminares, 23 de marzo de 1995, parágr. 62). Sin embargo, en el caso *Bankovic y otros c. Bélgica* y otros dieciséis Estados parte, el TEDH consideró que un acto extraterritorial instantáneo —bombardeo por parte de las fuerzas de la OTAN del territorio de Kosovo— no entraba dentro del presupuesto del artículo 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (cfr. *Bankovic y otros c. Bélgica* y otros dieciséis Estados parte).

des de respetar las obligaciones contraídas en materia de derechos humanos, incluido el derecho a obtener refugio²⁷⁰.

Las operaciones de expulsión, devolución o de *push back* realizadas por buques de Estado en alta mar no pueden quedar fuera del alcance del Derecho, y más concretamente del Derecho internacional de los Derechos humanos y del Derecho internacional de los refugiados, bajo el pretexto de tratarse de un espacio no sometido a la jurisdicción de ningún Estado y por tanto, pretendidamente fuera del alcance la ley. Las personas interceptadas en el mar, navegando a bordo de embarcaciones de distinta naturaleza, en muchas ocasiones sin bandera, siguen conservando sus derechos fundamentales, por lo que no puede procederse a su automática devolución al Estado del que partieron si en él existiera un peligro presente, real y previsible de ser sometidos a tortura, o de ser víctimas de la devolución desde ese Estado hacia el Estado del que son nacionales y en el que ese mismo riesgo estuviera presente. Las operaciones realizadas en aguas internacionales no quedan fuera del alcance del derecho, ni cuando se procede a subir a bordo a los inmigrantes y se los entrega en puerto de un tercer Estado, ni cuando se «escolta» a la embarcación hasta ese mismo destino. En cualquiera de los casos nos encontramos ante una situación en la que las personas se encuentran *de jure* o *de facto* bajo el control efectivo del Estado que realiza la operación.

Finalmente, cabe cuestionar la situación generada cuando las personas solicitan refugio ante una embajada situada en el territorio de un Estado distinto al de su nacionalidad: ¿violaría ese Estado el principio de no devolución en el caso de que procediera a entregar al solicitante de refugio a las autoridades ante las cuales se encuentra acreditada? Como recuerda Wouters, un ejemplo clásico en relación con esta cuestión es el que protagonizaron varios ciudadanos norcoreanos, cuando solicitaron protección ante la embajada alemana en China. La obligación de Alemania era doble: por una parte, obligación de prevenir la devolución indirecta de los ciudadanos norcoreanos por parte de China, y, en esa línea, no proceder a su entrega a las autoridades de este último Estado si estuviera preparando su devolución a Corea; por otra, obligación de permitir el acceso a la misión diplomática a los ciudadanos norcoreanos, con el fin de garantizar su seguridad, y, en última instancia, asegurar su traslado a un estado seguro²⁷¹.

Pues bien, la Ley española de asilo prevé en su artículo 38 que «(c)on el fin de atender casos que se presenten fuera del territorio nacional, siempre y cuando el solicitante no sea nacional del país en que se encuentre la representación diplomática y corra peligro su integridad física, los Embajadores de España podrán promover el traslado del o de los solicitantes de asilo a España

²⁷⁰ Cfr. *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, *op. cit.*, parágr. 81.

²⁷¹ Cfr. C. W. WOUTERS, *International Legal Standards for the Protection from Refoulement*, *op. cit.*, p. 149.

para hacer posible la presentación de la solicitud conforme al procedimiento previsto en esta Ley». De forma que, como ha señalado Sánchez Legido «si no hay riesgo para la integridad física del interesado, si éste no puede sortear los obstáculos físicos que acostumbran a dificultar el acceso a nuestras embajadas y consulados en lugares “calientes” o si, en última instancia, los embajadores no estiman oportuno ejercer en un sentido *pro homine* una competencia que no parece que esté configurada con un carácter excesivamente reglado, la única posibilidad de solicitar asilo en España es, llánamente, jugándosela para tratar de llegar “ilegalmente” a nuestro país»²⁷².

V. CONCLUSIONES

Nadie discute el derecho de los Estados a controlar los flujos migratorios, ni su derecho a regular las condiciones de entrada, permanencia y salida de los extranjeros de su territorio nacional. Ha sido siempre así y lo seguirá siendo, máxime en tiempos de crisis económica como la que actualmente domina el panorama mundial.

El presente trabajo pretende poner de relieve los límites que debe respetar todo Estado antes de proceder a expulsar o devolver a un extranjero a su país de origen, límites relacionados, por una parte, con la condición de las personas a quienes se pretende expulsar (límites *ratione personae*) y límites relacionados con los derechos que no pueden verse afectados como consecuencia de la expulsión (límites *ratione materiae*). Difícilmente puede defenderse que las garantías diplomáticas sirvan para validar expulsiones/devoluciones en otro caso prohibidas: ni la propia naturaleza de las mismas, ni los términos en los que éstas se realizan permite afirmar que los derechos de las personas queden garantizados en tales circunstancias. Los límites que han sido objeto de estudio deben operar sea cual sea el lugar desde el que la expulsión/devolución tenga lugar, esto es, no restringido al territorio soberano del Estado, sino también a aquellas situaciones en las que el Estado ejerza un control efectivo sobre las personas de que se trate.

²⁷² Cfr. A. SÁNCHEZ LEGIDO, «Entre la obsesión por la seguridad...», *op. cit.*, pp. 22-23.